





INFORME ANUAL  
SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE  
2008

© INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2008

Registro Propiedad Intelectual  
Inscripción N°

ISBN 978-

La preparación y publicación de este Informe  
ha sido posible gracias al financiamiento  
de la Fundación John Merck Fund y la Universidad Diego Portales

Director y Editor General  
NICOLÁS ESPEJO YAKSIC

Editor  
MARCELO ROJAS VÁSQUEZ

Diseño de portada  
PATRICIO POZO

Impresión  
VERSIÓN PRODUCCIONES GRÁFICAS LTDA.  
SANTIAGO DE CHILE

PRINTED IN CHILE - IMPRESO EN CHILE

INFORME ANUAL  
SOBRE DERECHOS HUMANOS  
EN CHILE 2008

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



# ÍNDICE

---

Introducción	9
Libertad de expresión	25
Condiciones carcelarias	77
La huelga como derecho fundamental	135
Acceso a la justicia	175
El derecho a la salud en el plan AUGE	207
Derechos de niñas, niños y adolescentes	237
El derecho a la educación de las personas con discapacidad	283
Derechos humanos de las mujeres	327
Derecho de los pueblos indígenas	361
Justicia militar en Chile y derechos humanos	399
Derechos de las minorías sexuales	433
Verdad y justicia: las violaciones a los derechos humanos del pasado	461

Medio ambiente y derechos humanos

505

Instituciones nacionales de derechos humanos

539

Siglas y abreviaturas

573



## INTRODUCCIÓN

---

**I**nformar sobre las violaciones a los derechos humanos al interior de cualquier país, no es tarea fácil. Los Estados y sus funcionarios, demasiado acostumbrados a la falta de control ciudadano, suelen reaccionar airadamente a todo informe que revele sus debilidades. Cuando tales falencias acarrearán, además, violaciones a los derechos de las personas y grupos, la respuesta de los Estados, muchas veces, va desde la negación de las alegaciones, las interpretaciones flexibles sobre hechos contundentes y, en el peor de los casos, a una actitud de indiferencia. El reconocimiento de los errores en estas materias es, sin lugar a dudas, excepcional. Por ello, un informe sobre violaciones a los derechos humanos es demasiado importante para la calidad de la democracia. Su objetivo no es agrandar, sino incomodar. Su metodología no es la misma utilizada en informes de avance o implementación de políticas públicas o legislación. Su vocación no es el compromiso entre los intereses en juego, sino la férrea defensa de aquello que más valoramos cuando nos enfrentamos al poder o la ausencia del mismo. En fin, un informe sobre las violaciones a los derechos de las personas y grupos en el ámbito nacional, pretende decir, con toda claridad, aquello sobre lo que el Estado aprende a callar.

En el caso de Chile, la función de informar sobre violaciones a los derechos humanos exhibe ciertas particularidades que vale la pena consignar. La configuración política y económica de Chile lleva a que, por lo general, el tipo de violaciones a los derechos humanos que experimenta su población no sea de aquellas reportadas tradicionalmente por la prensa internacional. Por tanto, en las páginas que siguen el lector no encontrará el tipo de relatos que dolorosamente recibimos sobre el genocidio de Darfur (Sudán) o sobre la violencia e inseguridad de los habitantes de Bagdad, tras cinco años de intervención militar. Tampoco conocerá en este informe del desgarrador relato de niños que forman parte de conflictos armados, como en diversas zonas de Colombia, o de las historias de circuncisión geni-

tal femenina que las adolescentes de Costa de Marfil deben sufrir. A mayor abundamiento, en el informe que Ud. leerá, no encontrará información en torno a prácticas sistemáticas de censura a la prensa decretadas por el Estado –como en el caso de la República Popular China– y hasta se congratulará de no tener que lamentar la muerte de a lo menos un 10% de la población adulta en edad de trabajar, a causa del SIDA, tal y como ocurre en varios países africanos.

Con todo, el lector no dejará de sorprenderse al conocer, con más detalle, de ciertas violaciones a los derechos humanos en Chile que son difíciles de comprender a la luz de nuestro de nuestro propio predicamento institucional actual.

Una república que se apresta a celebrar doscientos años de existencia y una economía que busca incansablemente su asociación con la elite mundial, no parece condecirse con las prácticas de represión y hostigamiento a las movilizaciones sociales y la brutalidad policial como las que se registran en este informe. Existen dificultades para comprender cómo el Estado de Chile permite las humillantes condiciones en las que miles de adolescentes privados de libertad se encuentran en los centros de reclusión bajo su dependencia o con las prácticas de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes que se registran en diversas cárceles de Chile. Asimismo, un Estado que no reconoce adecuadamente el derecho a la huelga de sus trabajadores, tiene serias dificultades para honrar su compromiso con la dignidad del trabajo y con la humanización del capital. A su vez, un sistema de justicia que no logra garantizar acceso efectivo y de calidad para los más desaventajados económica y socialmente justifica, en el tiempo, una justicia para ricos y otra para pobres.

En el mismo sentido, un estado de derecho que, a pesar de haber sido condenado internacionalmente, mantiene un sistema de justicia militar para juzgar a civiles por delitos comunes, abusando del mismo para la represión política, traiciona su lealtad con el debido proceso. En fin, un Estado que se llama protector, pero que carece de personal e infraestructura para la adecuada prestación de servicios sanitarios, que humilla a sus mujeres al no reconocerles su autonomía sexual y reproductiva, que concentra el impacto negativo ambiental en los sectores más desaventajados, que hace un uso excesivo de la represión policial y penal con sus pueblos originarios y que permanece generalmente pasivo frente a la discriminación de sus minorías sexuales y el desarrollo de una política integral de su población discapacitada, parece tener serias dificultades para mirar de frente a sus ciudadanos. Ése parece ser, lamentablemente, el caso de Chile.

Desde el retorno a la democracia, el Estado de Chile parece no haber escatimado esfuerzos en intensificar su plena incorporación al orden mundial. Tal estrategia no sólo parece razonable sino necesaria también. Con todo, y, si bien el Estado de Chile ha conseguido importantes triunfos diplomáticos en materia de derechos humanos –como contar con una chilena en el cargo de presidenta de la Corte IDH o haber sido recientemente electo como miembro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas– lo cierto es que es posible advertir graves asimetrías en esta materia. Así, mientras el Estado de Chile suele exhibir una excesiva diligencia para la ratificación de tratados comerciales, lo mismo no ocurre con diversos instrumentos básicos y que son esenciales para los derechos humanos de miles de personas.

Entre otros instrumentos internacionales, el Estado de Chile no ha ratificado aún la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la convención que declara imprescriptible los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio; la adhesión al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura; el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; el Protocolo Facultativo o Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el Protocolo Facultativo o Adicional a la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A su vez, y como se verá más adelante, tanto la interpretación de fondo hecha por el TC de Chile y la declaración interpretativa efectuada por el Estado de Chile al momento de ratificar el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, pueden terminar restringiendo indebidamente sus principales efectos.

Adicionalmente, aún no da cumplimiento cabal y efectivo a tres de las cuatro sentencias que la Corte IDH ha dictado contra el país. Tales sentencias (*Palamara vs. Chile*; *Claude Reyes vs. Chile* y *Almonacid Arellano vs. Chile*), lo condenan por la extensión y características de la justicia militar en tiempos de paz, la falta de acceso efectivo a la información de interés público y la no resuelta situación de casos previamente amnistiados por tribunales nacionales. A lo anterior, debe sumarse un creciente uso de los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –particularmente la CIDH– para dar debida protección a los derechos de minorías sexuales víctimas de discriminación, de niños y adolescentes que privados de libertad en contradicción con las garantías básicas de la integridad física y síquica, y al derecho de informar de periodistas, documentalistas y

comunicadores sociales, sin ser objeto de hostigamiento de parte de autoridades policiales y políticas, entre otros.

Finalmente, resulta importante llamar la atención sobre un creciente ambiente de hostilidad de parte de distintos funcionarios de gobierno y del aparato estatal, respecto de la sociedad civil en general y de grupos de derechos humanos en particular. Claro está, enfrentado a un constante ambiente de crítica política al gobierno –y que se ha manifestado paradigmática, aunque no exclusivamente, por medio de una serie de protestas callejeras– las autoridades de turno encargadas del gobierno interno y la seguridad, parecen haber intensificado una práctica y discurso generalmente crítico y denostador de la protesta social y de la defensa de los derechos de ciertos grupos o visiones no hegemónicas de la sociedad.

Con la notable excepción de aquellos casos en que la protesta social fortalece la posición del gobierno –piénsese en el caso de la “píldora del día después”– la reacción habitual de los encargados políticos y policiales de la seguridad pública es preocupante y hasta contradictoria con los propios esfuerzos desplegados por el gobierno de Chile en materias directamente relacionadas con el objeto de la crítica o protesta social. Ejemplos de lo anterior se observa en la contradictoria forma en que mientras impulsa sendas reformas a la forma de enfrentar las demandas de los pueblos originarios (particularmente el mapuche) al sistema educacional, al sistema electoral y a la justicia y condiciones laborales, mantiene, justifica y defiende altos e intensos niveles de represión policial y hostigamiento de los medios a la crítica social. Lo anterior, por cierto, no sólo constituye un problema de “falta de coordinación” entre las políticas progresistas y las represivas del mismo Estado. Como lo demuestra la historia reciente de Chile y lo confirma, incluso, nuestra propia práctica universitaria, el afán por responder a la crítica y el malestar a través de la represión, no deja de ser la manifestación de una errada y profundamente conservadora convicción: la de que la autoridad no debe dar razones para ejercer su poder. Tal convencimiento, sin embargo, confunde la idea de autoridad por la de potestad, arriesgando, de paso, la propia legitimidad del poder.

\* \* \*

En cuanto derecho básico, la libertad de expresión no sólo importa el derecho a expresar opiniones o pensamientos sino, también, el derecho a recibir y acceder a información que permita a los sujetos

formarse una opinión reflexiva sobre su vida y el destino de su comunidad. Lo anterior importa otorgar protección efectiva a la libertad de expresión en contra de injerencias de la autoridad (censura y presión), evitar formas de penalización a la opinión política que desincentiven el control ciudadano (como los delitos de injurias y las calumnias en contra de funcionarios públicos), garantizar acceso a información de interés público y evitar una concentración excesiva de la propiedad de los medios de comunicación (que pueda afectar la pluralidad de las fuentes de información). No sólo eso, el derecho a la libertad de expresión representa también un papel fundamental en el ejercicio de otros derechos políticos, tales como el derecho de reunión y protesta. Por tanto, debe evitarse un acercamiento a las movilizaciones sociales que reduzca tales manifestaciones legítimas a meros actos de violencia y falta de razón. Una sociedad abierta pondera debidamente los distintos intereses en juego frente a las protestas sociales –orden y libre expresión– manteniendo en todo momento su compromiso con utilizar la represión social como medida de última razón.

A la luz de estas consideraciones, el primer capítulo de este *Informe...* revisa los principales problemas que el Estado de Chile enfrenta en materia de libertad de expresión y que ya han sido denunciados en *Informes...* anteriores. Al mismo tiempo, se presenta, por primera vez, un estudio detallado de la forma en que Chile incumple sus obligaciones internacionales en materia de libertad de expresión, al regular y responder a las protestas sociales con particular hostilidad y falta de deferencia por los derechos de quienes ejercen derechos explícitamente reconocidos por el sistema jurídico.

Tratar con dignidad y respeto a aquéllos que son objeto de nuestra estima, resulta una tarea relativamente fácil. Sin embargo, proveer de condiciones dignas de vida y que garanticen los derechos de aquellos privados de libertad por el Estado, parece ser una tarea titánica. Así lo entiende el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que dispone una serie de regulaciones y estándares normativos que se orientan a proteger a aquellas personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, particularmente en cárceles o centros de internación. El respeto y garantía de los derechos fundamentales de una persona privada de libertad –bajo el control casi absoluto de funcionarios del Estado– depende plenamente de la existencia de condiciones materiales, jurídicas y sociales que permitan proteger niveles mínimos de dignidad humana. Tales niveles mínimos son violados en contextos de hacinamiento, frente a prácticas de tortura, tratos

cruels, inhumanos y degradantes y falta de acceso a agua potable, salud y educación. A su vez, y tratándose de grupos especialmente vulnerables y que se encuentran privados de libertad –como los niños y adolescentes, las mujeres, las minorías sexuales, los enfermos, las personas con discapacidad o los inmigrantes, entre otros– los Estados deben garantizar niveles de protección aun más intensos y que se justifican debido a su particular exposición a actos de violencia o discriminación.

Habida cuenta de estos estándares fundamentales, el segundo capítulo presta atención a la forma en que el Estado de Chile incumple con diversos estándares internacionales y nacionales, orientados hacia la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. En particular, se analiza la realidad del hacinamiento y se describen hechos que pueden ser calificados como tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y que no obtienen respuesta adecuada de los funcionarios de gobierno ni de parte importante de los tribunales de justicia. A su vez, el capítulo se detiene en diversas violaciones a los derechos de dos grupos vulnerables, las personas viviendo con VIH/SIDA y los adolescentes privados de libertad. Tratándose de los centros de privación de libertad de adolescente, da cuenta de gravísimas violaciones a los derechos humanos de un grupo que debiese ser objeto de protección reforzada.

El derecho a la huelga forma parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de diversas recomendaciones hechas al Estado de Chile por parte de la OIT y el Comité DESC, el Estado de Chile mantiene una legislación ampliamente restrictiva del derecho a la huelga en sus aspectos esenciales. Al mismo tiempo, este contexto restrictivo se manifiesta también en la retórica del gobierno, los medios de comunicación y la jurisprudencia judicial y administrativa, agravando las posibilidades de reconocimiento del derecho a huelga. El tercer capítulo trata en detalle el preocupante estado del derecho a huelga en Chile. En él, se da cuenta de un contexto general –legal, judicial y político– de hostilidad al derecho a huelga y que confirma el complejo tramado ideológico que imposibilita el pleno reconocimiento y goce de los derechos sociales en Chile.

El derecho de acceso a justicia constituye uno de los pilares fundamentales de un estado de derecho democrático. Como tal, el derecho a acceso a la justicia obliga a los Estados a poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos de la tutela efectiva de sus derechos y de

resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales accesibles y adecuados. Si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla mecanismos legales para dar cumplimiento a las normas internacionales y constitucionales, a través de los abogados de turno, el privilegio de pobreza y corporaciones de asistencia judicial, ellos han mostrado ser insuficientes en cobertura y calidad. El capítulo sobre acceso a la justicia releva como especialmente preocupante, la situación de las CAJ –las que constituyen el principal soporte del sistema de asistencia jurídica gratuita del país– toda vez que cuentan con un presupuesto insuficiente y una estructura organizacional atomizada y asentada en la figura de los egresados de Derecho que realizan su práctica profesional. Lo anterior, unido a la ausencia de políticas públicas adecuadas para el acceso efectivo a la justicia de los chilenos y chilenas más desaventajados económicamente, permite concluir que el Estado chileno incumple los estándares internacionales mínimos en esta materia.

El derecho a la salud es un derecho subjetivo fundamental reconocido por la Constitución Política de la República de Chile y por una serie de tratados internacionales ratificados por Chile y plenamente vigentes. En cuanto derecho fundamental, el derecho a la salud importa el cumplimiento por parte del Estado de una serie de obligaciones negativas y positivas tendientes a garantizar, en la práctica, su pleno goce y ejercicio. En particular, el derecho a la salud importa la satisfacción de niveles mínimos o esenciales de prestaciones médicas y una obligación de no discriminar en la aplicación del mismo. El capítulo dedicado al derecho a la salud en la reforma AUGE, presta atención al modo en que la implementación práctica de dicho plan –desde las Guías Clínicas a la insuficiente cantidad y calidad de personal médico– vuelve inefectivo el acceso real a ciertas prestaciones anunciadas en el mismo. Del mismo modo, este capítulo se detiene en algunas consecuencias negativas y específicas sobre las mujeres y que la implementación del plan AUGE experimenta en la actualidad. A la luz de este análisis, el informe concluye que el Estado de Chile no sólo incumple con sus obligaciones generales de respeto y garantía del derecho a la salud de las mujeres sino que incurre, además, en prácticas discriminatorias incompatibles con las obligaciones internacionales asumidas por Chile.

Los derechos del niño constituyen una prioridad moral de primer orden para los Estados. A diferencia de los adultos, los niños no han podido elegir las condiciones de vida a las que se enfrentan, están más expuestos a los daños causados por acciones u omisiones de

particulares o del Estado y estos daños impactan de modo más perdurable en sus vidas. En virtud de esta particular vulnerabilidad, los Estados se ven obligados a otorgarles mecanismos reforzados de protección de sus derechos. Tales garantías deben evitar un acercamiento a dicha vulnerabilidad desde una mirada tutelar que no los reconozca como portadores de derechos. Ése es, precisamente, el sentido que posee el denominado “interés superior del niño” al interior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Estado de Chile asumió compromisos jurídicos y políticos en relación con la protección de los derechos del niño. Así, junto con la ratificación de la CDN, el Estado de Chile formuló una *política nacional y plan de acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia 2001-2010*, que contiene metas específicas en diversas áreas relevantes para la vida de niñas, niños y adolescentes.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el *Informe...* contiene un capítulo especial dedicado a los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile, el cual mira, por una parte, la vulneración de derechos al interior de las escuelas; el sistema de protección de los niños víctimas de violencia, malos tratos y abusos y; las instituciones residenciales de protección a la niñez, por la otra. La conclusión de este capítulo es que, sin perjuicio de diversas recomendaciones formuladas por los órganos de supervisión internacionales, Chile exhibe graves déficits en estas áreas, comprometiendo seriamente su capacidad de otorgar protección efectiva a los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo particularmente invisibilizado y excluido de la sociedad. Tal invisibilización y exclusión generan trastornos considerables en procesos como la educación, el trabajo digno, la satisfacción de niveles adecuados de salud, la libre circulación y el ejercicio de derechos civiles y políticos, entre otros. Sólo en los últimos años ha habido un intento por cambiar el enfoque, dejando de lado el énfasis de la deficiencia de cada persona y, en cambio, mostrando que es el entorno, el que en interacción con la deficiencia, da como resultado diversas formas de discapacidad. Sin embargo, como lo sugiere el capítulo sobre derecho a la educación de las personas con discapacidad, en Chile la mitad de la población viviendo con alguna discapacidad en Chile no ha completado ni siquiera la educación básica. Hay acuerdo entre los especialistas en que falta capacitación de los docentes, además de una mayor fiscalización de los recursos, pero sobre todo, acciones que tiendan a un cambio cultural que dé un nuevo enfoque y elimine los prejuicios hacia las personas con discapacidad y, en cambio, promueva la toma



de conciencia respecto de sus capacidades y aportaciones. La falta de oportunidades en educación tiene, además, incidencia directa en la imposibilidad posterior de conseguir un trabajo remunerado y poder vivir de manera independiente en el futuro, algo que contradice el espíritu y contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocido por el Estado de Chile y plenamente vigente.

Una sociedad democrática se destaca, entre otras cosas, por un fuerte compromiso igualitarista. En virtud de tal condición, los Estados deben redoblar sus esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de todos y, en particular, los de aquellos grupos que suelen ser objeto de violencia, discriminación y dominación. En el caso de las mujeres, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece un estricto *set* de obligaciones que los Estados deben cumplir para honrar su compromiso con la igualdad. En particular, deben ser capaces de generar información precisa y que dimensione efectivamente los problemas experimentados por las mujeres en todos los ámbitos de lo social y específicamente, en aquellas áreas más invisibilizadas (como la familia). Al mismo tiempo, deben garantizar activamente que toda forma de violencia en su contra sea no sólo sancionada sino, también, prevenida y erradicada en el tiempo. Lo anterior implica evitar una concentración exclusiva en los mecanismos de intervención penal. Finalmente, se ven obligados a respetar y garantizar niveles adecuados de autonomía moral a favor de las mujeres, especialmente en áreas particularmente sustanciales para ellas, como la salud sexual y reproductiva.

Es precisamente este marco general de obligaciones el que inspira el capítulo sobre derechos de las mujeres en Chile. En esta sección del *Informe...* se presta atención a los preocupantes y reiterativos hechos de violencia contra la mujer y de la insuficiencia de información y políticas adecuadas para la erradicación de esta calificada violación a los derechos humanos. En esta materia se observa una proliferación de propuestas normativas que sin perjuicio de su intención, no asegurarán un resultado adecuado, al no ir acompañadas por políticas públicas integrales, que promuevan, entre otras cosas, el acceso a la justicia y una vida sin violencia. Al mismo tiempo, se da cuenta de la decisión del TC de Chile y que recayó en el requerimiento de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad. El capítulo concluye revisando la forma en que dicho fallo constituye un retroceso en el reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, perpetuando, además, las condiciones generalizadas de discriminación entre las mujeres pobres y las ricas en Chile. Tal fallo,

además, presenta graves vicios asociados a la debida imparcialidad que todo proceso debe seguir.

Las sociedades democráticas se estructuran sobre la base de un complejo modelo de justicia social. Tal matriz ética busca dar un debido equilibrio a las demandas por justa redistribución de la riqueza y de los niveles de reconocimiento de la diversidad cultural desde la cual se estructura una sociedad abierta y compleja. Los derechos de los pueblos indígenas son, en este contexto, un elemento fundamental del entramado constitucional y de la noción misma de sociedad democrática multicultural. Por tanto, corresponde a los Estados dar debido reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, intentando así, establecer condiciones mínimas de paz social, cohesión e igualdad en la diferencia. Éste es el marco general propuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por Chile y plenamente vigente. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado de Chile exhibe extensos e intensos déficits en materia de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de sus pueblos originarios. Consciente de esta cuestión, el capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas revisa el modo en que las instituciones constitucionales, legales, judiciales y administrativas –incluyendo las policías– incurren en diversas violaciones a los derechos de estos pueblos. En particular, se revisa el deficiente modelo de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile, prácticas de violencia y hostigamiento en contra de comunidades indígenas y de quienes intentan defenderlas y el constante crecimiento de denuncias internacionales en contra de Chile en esta materia

Idealmente, la justicia militar debiera ser suprimida, puesto que ella afecta el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal imparcial. En caso de mantenerse esta jurisdicción especial, debiera reformarse integralmente el sistema de administración de justicia penal militar, para ponerlo a tono con

- i) la evolución y desarrollo que han experimentado desde la dictación del *Código de Justicia Militar* chileno (1925) a la fecha, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la propia concepción y exigencias de la democracia y del estado de derecho;
- ii) el desarrollo de las garantías penales sustantivas y procesales penales, de aplicación universal, en caso de cualquier imputación penal, incluidas las relativas a los delitos militares y
- iii) con el progreso histórico del propio Derecho Penal Militar, que se ha traducido en la promulgación, durante la segunda

mitad del siglo XX, de nuevos códigos de justicia militar en muchos países.

El capítulo sobre justicia militar en Chile revisa las principales violaciones al derecho al debido proceso por parte de la legislación militar y su aplicación a civiles. En particular, se presta atención a la forma en que el Estado de Chile, a pesar de haber sido condenado hace casi cuatro años por la Corte IDH, aún sigue aplicando un sistema de justicia militar plenamente incompatible con las exigencias básicas de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Se mira, finalmente, el modo en que la iniciativa legal presentada por el Ejecutivo para dar cumplimiento a este fallo, resulta también insuficiente a la luz de los estándares fundamentales de derechos humanos.

Las minorías sexuales siguen siendo parte de aquellos grupos cuyos derechos son frecuentemente vulnerados. Sea porque sus problemas resultan invisibilizados para la opinión pública –sin lograr situar sus demandas en la agenda pública– sea por directa animadversión en su contra –como lo demuestran constantes casos de discriminación o violencia en su contra– carecen de una protección adecuada. Por tal razón, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos otorga una forma de protección reforzada a favor de estos grupos, precisamente debido a su vulnerabilidad. Esta forma de protección reforzada resulta aun más intensa tratándose las posibles formas de discriminación y violencia que puedan experimentar al interior de instituciones públicas tales como las municipalidades, la policía, o las FF.AA., de orden o seguridad. Debido a su engranaje al interior del poder público, toda institución pública se encuentra obligada a mantener una posición de absoluta neutralidad respecto de la orientación sexual de quienes las conforman. Al mismo tiempo, y sin perjuicio de su estatuto clerical, aquellas instituciones religiosas reconocidas por el Estado se ven constreñidas a respetar la igual dignidad y privacidad de quienes –sin querer dejar de ejercer sus creencias religiosas en comunidad– no están dispuestos a ser violentados en sus derechos civiles y políticos fundamentales.

El capítulo sobre derechos de las minorías sexuales, se concentra en la presentación de diversos casos de discriminación perpetrados bajo la orden o anuencia de instituciones públicas como Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile y a los dichos de ex funcionarios de las FF.AA. de Chile y en contra de minorías sexuales. Al mismo tiempo, da cuenta de casos de discriminación que tienen lugar al interior de la Iglesia Católica

de Chile y que pueden generar graves efectos en la justificación de estereotipos negativos, asociados a los miembros de minorías sexuales. Finalmente, se revisan casos graves de violencia física y verbal en contra de minorías sexuales y algunos avances en materia legislativa en este tema.

La verdad histórica y la justicia por violaciones a los derechos humanos del pasado forman parte de un mismo pilar sobre el que descansa toda sociedad decente y respetuosa de sus obligaciones morales y jurídicas. En particular, cuando agentes del Estado participan directamente en la comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, surge una prohibición directa para ese propio Estado de autodictar leyes de perdón o amnistía. No sólo eso. Toda vez que un Estado actúa directamente en la comisión de delitos atroces, tales como genocidio, desaparición forzada, ejecuciones sumarias o tortura, surge para ese propio Estado un deber calificado de investigar, sancionar y reparar por dichos crímenes. Tales obligaciones, como establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben ser llevadas adelante teniendo presente la necesidad de reparar adecuada e íntegramente todos aquellos daños materiales y morales efectivamente incurridos, junto con dar señales inequívocas de que las violaciones a los derechos humanos que los causaron, no volverán a repetirse.

Debido a su importancia capital para Chile, el *Informe...* mantiene su análisis anual sobre el modo en que el Estado de Chile ha enfrentado sus obligaciones internacionales en materia de verdad y justicia durante el año 2007 y parte de 2008. Se concluye con preocupación que, sin perjuicio de ciertas decisiones judiciales dictadas en conformidad a las obligaciones internacionales de Chile, se ha ido asentando un nuevo criterio judicial que permite la aplicación de la prescripción en casos de ejecuciones sumarias. Con ello los tribunales de justicia locales, particularmente la Corte Suprema de Chile, estarían incumpliendo lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y lo dispuesto por los propios Convenios de Ginebra. Al mismo tiempo, se llama la atención sobre el papel que el CDE de Chile representa en la imposibilidad de acceder a una adecuada y justa reparación a favor de las víctimas o familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, por medio de su defensa de la tesis de prescripción de las acciones civiles interpuestas con este propósito. Finalmente, se revisan problemas asociados al acceso a información correcta sobre paradero e identidad de personas desaparecidas, falta de compromiso político en el ámbito nacional

para la ratificación de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas y otros instrumentos internacionales y un creciente ambiente político que parece justificar el cierre sin sanciones de procesos judiciales pendientes.

Si bien la mayor parte de la población se ve expuesta a los efectos negativos que generan los problemas medioambientales, las cargas ambientales no suelen distribuirse de manera equitativa. Así, en muchos casos, el mayor impacto medioambiental negativo sobre el goce de derechos como la vida, la salud e, incluso, la propiedad, suele ser asumido por los sectores más vulnerables de la sociedad: pobres y comunidades indígenas. Lo anterior, constituye una forma de inequidad o discriminación ambiental prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Analizando la inequitativa distribución de las cargas ambientales en tres casos concretos dentro de Chile, la segunda versión de un capítulo anual dedicado a la vinculación entre medio y derechos humanos revisa algunas de las principales violaciones a los derechos de ciertas comunidades y personas. Este capítulo otorga preocupantes conclusiones sobre el estado de la distribución de los costos del progreso y de la intervención al medio en Chile, cuestión que no ha sido debidamente tomada en cuenta en el debate sobre ambiente en Chile. Finalmente, la última sección de este capítulo se encarga de hacer un breve seguimiento a los principales hechos presentados en el capítulo de Derechos Humanos y Medio Ambiente del *Informe...* del año pasado.

Conforme a las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos consagradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, corresponde a los estados no sólo evitar ejecutar actos directos que violen derechos fundamentales. Deben, además, ser capaces de garantizar, de facto, el efectivo goce de los derechos humanos. Lo anterior importa organizar todo el aparato estatal de modo tal que las personas puedan ser protegidas efectivamente de amenazas y violaciones a sus derechos. En este orden de cosas, las sociedades democráticas decentes consagran no sólo instituciones judiciales orientadas a la defensa de los derechos sino, también, instituciones administrativas que, a la luz de principios de autonomía, independencia y poder de representación judicial, buscan complementar las limitadas funciones judiciales en esta materia. Teniendo como marco lo anteriormente dicho, el *Informe...* presenta un estudio inédito en Chile sobre la existencia, características y límites de aquellas instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. El capítulo consagrado a este objetivo vital concluye que,

sin perjuicio de su contribución a los derechos humanos, las instituciones existentes son insuficientes e inefectivas para otorgar protección a los derechos de las personas. Al mismo tiempo, se da cuenta de que los distintos proyectos de ley presentados por el Ejecutivo y discutidos en el Parlamento en los últimos diecisiete años –incluido el del Instituto Nacional de Derechos Humanos– no satisfacen los estándares de independencia, autonomía y representación judicial efectiva necesarios para su debida implementación en Chile.

\* \* \*

El *Informe sobre Derechos Humanos en Chile 2008* es el fruto del trabajo de un equipo excepcional de investigadores, ayudantes y colaboradores.

El profesor Domingo Lovera, estuvo a cargo la investigación y redacción del capítulo sobre libertad de expresión. Su atenta y aguda mirada contó con la ayuda de Nicolás Soto y Tamara Carrera. Además, aportaron valiosa información Pedro Anguita, Julio Cortés y Paulina Acevedo, a quienes agradecemos su siempre comprometido apoyo. El capítulo sobre derecho a la salud en el AUGE estuvo a cargo de la profesora Alejandra Zúñiga, quien se reintegró al trabajo del *Informe...* luego de obtener su doctorado en Derecho. Francisco González colaboró activamente en el proceso de investigación de este capítulo. El profesor Jaime Couso tuvo a su cargo el capítulo sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para el logro de este cometido, contó con la colaboración de Carolina Alegría y de la profesora Mayra Feddersen, quienes apoyaron activamente la etapa de investigación. La sección destinada a los derechos de las minorías sexuales estuvo a cargo del dedicado trabajo de Tabata Santelices y contó con la co-edición de los profesores Domingo Lovera y Mayra Feddersen. Todos, a su vez, se beneficiaron de la ayuda de Victoria Anaconda. Por su parte, el estudio sobre derecho a la educación de las personas con discapacidad estuvo bajo el atento y comprometido trabajo de Andrea Balart. Colaboraron con este capítulo Tabata Santelices y Victoria Anaconda.

La profesora Dominique Hervé y Raimundo Perez, con su lucidez y compromiso acostumbrados, fueron los co-autores del capítulo sobre medio ambiente y derechos humanos. El primer estudio de este Centro de Derechos Humanos dedicado a analizar el acceso a la justicia en Chile contó con la dirección y redacción de la profesora Macarena Vargas, quien, a su vez, dispuso de la ayuda y colabora-

ción de Dusanka Inostroza. El profesor Jorge Contesse también se reincorporó al *Informe...* luego de cursar sus estudios de posgrado y tuvo a su cargo el capítulo sobre pueblos indígenas. Cristián Vistoso, fiel colaborador de este proyecto, desempeñó las funciones de ayudante y coordinador de la investigación. Por su parte, Julio Berdegué ejerció funciones de ayudante. El capítulo sobre justicia militar es el resultado del trabajo conjunto del querido profesor Jorge Mera y de Claudio Fuentes. El primer estudio sistemático sobre el derecho a la huelga en Chile es responsabilidad del profesor José Luis Ugarte, quien contó con la ayuda de Alfredo Cerri. El profesor Matías Guilloff tuvo a su cargo el inédito estudio sobre instituciones nacionales de derechos humanos en Chile. Sebastián Llona fue su ayudante. Los derechos de las mujeres en Chile, como siempre, fueron objeto de estudio de la profesora Lidia Casas. María Jesús Ahumada colaboró en la investigación de este capítulo. La misma profesora Lidia Casas tuvo a su cuidado el capítulo sobre violaciones a los derechos humanos del pasado, tarea que fue apoyada por Oscar Rojas y María José Moraga. Finalmente, y como ya es costumbre, el profesor Álvaro Castro destinó su incansable trabajo a la preparación del capítulo sobre condiciones carcelarias en Chile. Para ello, dispuso de la colaboración de Constanza Trisotti y Ignacio Flores.

Este *Informe...* no sería posible sin la ayuda de instituciones y personas fundamentales para el logro de este proyecto. La Fundación John Merck Fund hizo posible el financiamiento de este estudio, el que, a su vez, contó con el aporte de la Universidad Diego Portales. Jorge Contesse colaboró con la edición del *Informe...*, al igual que Mayra Feddersen y Domingo Lovera. Susana Kuncar, como siempre, colaboró con su promoción y presentación. Margarita Rivas, por su parte, hizo posible que todo resultara ordenada y correctamente, mientras nos hacía mantener la calma. Marcelo Rojas Vásquez nos acompañó por segundo año en ese difícil trabajo editorial no sólo de llamar la atención sobre los detalles sino, también, de darle la forma en que se presentan, al final del día, la clave. Nuestro querido amigo Patricio Pozo, con amor por las cosas, nos regaló su talento para hacer de este hermoso trabajo, un hermoso libro. Quien suscribe desarrolló la edición general de todo el *Informe...* y dirigió la investigación en su conjunto.

Adicionalmente, se benefició del trabajo de los estudiantes y profesores que participan de los diversos proyectos y cursos asociados al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. El profesor Carlos Pizarro siguió liderando rigurosamente las causas

judiciales llevadas adelante por la Clínica Jurídica de Interés Público y que se consignan en este *Informe...* A su vez, el abogado Francisco Cox colaboró activa y desinteresadamente en las causas penales y constitucionales a las que debimos responder. Por su parte, el profesor Miguel Cillero mantuvo su permanente apoyo y colaboración con el estudio, defensa y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes desarrollados por este Centro de Derechos Humanos. Todos y cada uno de los proyectos y visiones del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales cuentan con el indispensable trabajo, compromiso y lealtad de los profesores Domingo Lovera y Mayra Feddersen. A todos ellos agradezco enormemente la confianza depositada en este *Informe...* y, en general, en el trabajo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Este *Informe sobre Derechos Humanos en Chile 2008* se dedica a todos y todas quienes sufren persecución, violencia y discriminación. Ellos y ellas, nadie más, son quienes hacen que nuestro trabajo valga la pena.

NICOLÁS ESPEJO YAKSIC  
Editor General y Director  
*Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN

---

## ABSTRACT

La libertad de expresión constituye un derecho subjetivo fundamental de enorme importancia para sociedades democráticas. En cuanto derecho básico, la libertad de expresión no sólo importa la facultad a expresar opiniones o pensamientos sino, también, el derecho a recibir y acceder a información que permita los sujetos formarse una opinión reflexiva sobre su vida y el destino de su comunidad. Lo anterior importa otorgar protección efectiva a la libertad de expresión en contra de injerencias de la autoridad (censura y presión), evitar formas de penalización a la opinión política que desincentiven el control ciudadano (como los delitos de injurias y las calumnias en contra de funcionarios públicos), garantizar acceso a información de interés público y evitar una concentración excesiva de la propiedad de los medios de comunicación (que pueda afectar la pluralidad de las fuentes de información). No sólo eso; la libertad de expresión representa también un papel fundamental en el ejercicio de otros derechos políticos, tales como el derecho de reunión y protesta. Por tanto, debe evitarse un acercamiento a las movilizaciones sociales que reduzca tales manifestaciones legítimas a meros actos de violencia y falta de razón. Una sociedad abierta pondera debidamente los distintos intereses en juego frente a las protestas sociales –orden y libre expresión– manteniendo en todo momento su compromiso con utilizar la represión social como medida de última razón. En este capítulo se revisan los principales problemas que el Estado de Chile enfrenta en materia de libertad de expresión y que ya han sido denunciados en *Informes...* anteriores. Al mismo tiempo, se presenta, por primera vez, un estudio detallado de la forma en que Chile incumple sus obligaciones internacionales en materia de libertad de expresión, al regular y responder a las protestas sociales con particular hostilidad y falta de deferencia por los derechos de quienes ejercen derechos explícitamente reconocidos por el sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión; censura; criminalización de la opinión política; acceso a la información, pluralidad de medios de comunicación, protesta social, represión policial.

#### I. CENSURA, CRIMINALIZACIÓN DE LA CRÍTICA POLÍTICA Y CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Chile ha sido condenado varias veces por el sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión. En 2001 la Corte IDH condenó al Estado chileno por haber censurado la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*<sup>1</sup>. En 2005 vuelve a ser condenado al haber censurado –por medio de sus sistema de justicia militar– la publicación de un libro sobre inteligencia militar<sup>2</sup>, y en 2006 lo condena por violar el derecho de las personas a acceder a la información pública en materias de interés público<sup>3</sup>.

Esta serie de condenas, así como el tránsito natural a una consolidación democrática, han generado impacto en Chile: sin duda, ha habido avances como la derogación de las normas constitucionales sobre censura previa, la derogación de las normas sobre censura contenidas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, la derogación de las normas criminales sobre desacato –aunque se mantiene la figura en el *Código de Justicia Militar*– y la reforma constitucional a la regulación de la libertad de expresión y derecho de reunión durante los estados constitucionales de excepción –en las reformas constitucionales de 2005. A todas ellas debe sumarse la discusión de una nueva normativa relativa al acceso a la información pública, que complementa las normas sobre transparencia y probidad contenidas en el ámbito constitucional (artículo 8º de la Constitución Política de Chile). Sin embargo, como veremos, todas estas modificaciones introducidas en el ámbito del discurso legal corren el riesgo de no ir acompañadas de una práctica judicial y de regulación legal y administrativa que les reconozca pleno valor.

---

<sup>1</sup> CORTE IDH, Caso *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 5 de febrero de 2001.

<sup>2</sup> CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005.

<sup>3</sup> CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006.

### 1. *Censura e intervención de autoridades de Estado*

El *Informe anual... 2007...* llamó la atención sobre una serie de intervenciones de parte de nuestras autoridades que se tradujeron en afectaciones a la libertad de expresión. Éstas se han mantenido durante el año que ahora se revisa. En el marco de la censura que afectó al programa de Televisión Nacional de Chile, *Epopeya* –donde se reconstruía para la pantalla la Guerra del Pacífico con Perú– debe destacarse que la decisión del directorio de aplazar su emisión fue adoptada al amparo de normas sobre secreto de las sesiones de directorio<sup>4</sup> (en este caso, el de la estación televisiva estatal)<sup>5</sup>.

#### a) *El caso La Nación*

En abril de 2008, día en que se votaba en el Senado la acusación constitucional promovida por parlamentarios de la Alianza por Chile en contra de la entonces ministra de Educación, Yasna Provoste, *La Nación*, diario en que el Estado posee más de un 60% de las acciones, publicó una portada negra con letras blancas. El título de la portada decía “Las cosas por su orden”<sup>6</sup>. En ella, el diario emplazaba a los senadores de la república a votar la acusación “con independencia e imparcialidad y conforme a los principios del derecho, de la justicia y de la equidad”. La portada terminaba indicando la inconveniencia de votar la acusación como “bloque político”, llamando a los chilenos y chilenas a observar con atención el desempeño del Senado –que sabría “medir las consecuencias” de su actuar<sup>7</sup>. Un grupo de periodistas del diario *La Nación* se manifestó públicamente disconforme con la portada que, salvo por el director del diario, nadie más conocía que

---

<sup>4</sup> “Cancillería pide nuevo estudio a TVN de programa sobre Guerra del Pacífico”, en *El Mostrador*, 13 de marzo de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=212178](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=212178), visitada el 13 de marzo de 2007. El caso fue analizado en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos de 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, pp. 64-65.

<sup>5</sup> Aspecto que fue relevado por el diputado Alberto Cardemil, para quien era inaceptable que: “[e]l canal de televisión financiado por todos los chilenos” defina su línea editorial a través de decisiones adoptadas en el marco de procedimientos secretos. “Cámara citó a Foxley y Vidal por aplazamiento de documental ‘Epopeya’”, en *El Mostrador*, 14 de marzo de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=212309](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=212309), visitada el 14 de marzo de 2007.

<sup>6</sup> *La Nación*, Santiago, 16 de abril de 2008.

<sup>7</sup> Todas citas de la misma edición.

aparecería ese miércoles. En efecto, el sindicato de periodistas de *La Nación* se reunió con el director responsable, Rodrigo Fernández de Castro, para manifestarle el descontento de los profesionales por la portada –quien dijo que la decisión y responsabilidad por la portada recaía sólo en él, asegurando no haber recibido llamado alguno desde el gobierno<sup>8</sup>. En el gobierno negaron conocer de ante mano el contenido de la portada y, por medio de su vocero, Francisco Vidal, señalaron que: “La Nación tienen una línea editorial [como] cada diario tiene una línea editorial”<sup>9</sup>.

El Colegio de Periodistas de Chile, en tanto, emitió una declaración pública al respecto. En ella señaló que solidarizaba con los colegas del diario *La Nación* que habían manifestado su descontento por la portada y la forma en que ésta se había decidido, pues procediendo de esa forma se “lesiona[ba] la credibilidad del trabajo periodístico que se desarrolla”<sup>10</sup>. Si bien el Colegio no controvierte la posibilidad que dueños o controladores de los medios periodísticos puedan manifestar sus legítimas posturas a través de éstos, en su concepto ese legítimo derecho no debe implicar el “menoscabo al trabajo de los profesionales de la prensa, confundiendo los ámbitos de la opinión editorial y el trabajo periodístico ante la opinión pública”. Además, llamó fuertemente la atención sobre la opacidad con la que opera el diario en cuanto a la designación de su director responsable, los criterios de generación y nombramiento del consejo de redacción que existe en su interior<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> “Colegio de Periodistas solidariza con profesionales del diario La Nación”, en *El Mostrador*, 18 de abril de 2008, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=244640](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=244640), visitada el 18 de abril de 2008. El editor general de *La Nación*, Marcelo Castillo, había señalado –contra los reclamos de los periodistas– que “sería grave que se cercenara el derecho a opinión de un diario que por su naturaleza estatal bajo el régimen democrático tiene la obligación de representar la voz de la mayoría ciudadana... No tengamos miedo a plantear puntos de vista. Ese es el sentido del periodismo. Otra cosa sería volver a los tenebrosos tiempos de la censura y del periodismo pseudos-independiente, argumento que siempre han levantado los dueños de los grandes medios de comunicación en Chile”. “La Nación y su polémica portada,” en *Boletín Libertad de Expresión*, Universidad de Chile, Programa Interdisciplinario de Libertad de Expresión, 7 de mayo de 2008, en [http://www.libertaddeexpresion.uchile.cl/polemica\\_la\\_nacion.html](http://www.libertaddeexpresion.uchile.cl/polemica_la_nacion.html). Visitada el 10 de mayo de 2008.

<sup>9</sup> “Gobierno niega haber influido en provocadora portada del diario La Nación”, en *Terra.cl*, 16 de abril de 2008, en [http://www.terra.cl/noticias/index.cfm?id\\_reg=955353&id\\_cat=1675](http://www.terra.cl/noticias/index.cfm?id_reg=955353&id_cat=1675).

<sup>10</sup> 18 de abril de 2008 (en poder de los autores de este informe).

<sup>11</sup> “El diario La Nación no posee una política editorial explícita ni un manual de orientaciones estratégicas conocido. Existe en la empresa un consejo de redacción cuyos criterios de generación y nombramiento son desconocidos, con atribuciones indeterminadas y

*b) Incautación de materiales audiovisuales y documentalistas:  
el caso de “Elena Varela”*

En mayo de 2008, por otra parte, se conocieron públicamente las detenciones de documentalistas chilenos y extranjeros, cuyos materiales audiovisuales fueron incautados. Todos se encontraban realizando obras relativas al conflicto chileno-mapuche. Las detenciones e incautaciones de material –protegido por normas sobre propiedad intelectual y secreto profesional– afectaron a dos periodistas franceses que se encontraban realizando entrevistas en la zona, misma situación en que luego se encontraron dos documentalistas italianos que realizaban filmaciones de movilizaciones mapuches<sup>12</sup>. Los periodistas franceses, Christopher Cyril Harrison y Joffrey Paul Rossj, fueron detenidos el 17 de marzo de 2008 en la localidad de Collipulli, mientras filmaban al werkén de la comunidad de Temucucui, Jorge Huenchullan. Fueron mantenidos por cerca de diez horas privados de libertad, y la Policía de Investigaciones les requisó todos los equipos de filmación y cintas que contenían su trabajo, que jamás fueron devueltas. Se les acusaba de haber provocado el incendio que grababan y de pertenecer al ETA. Gestiones del consulado francés evitaron la expulsión. En el caso de los documentalistas italianos Giuseppe Gabriele y Dario Ioseffi, fueron detenidos por Carabineros de Chile mientras realizaban un registro audiovisual de una movilización mapuche en un predio históricamente reivindicado por la Comunidad Chupilko, perteneciente hoy a la Empresa Forestal Mininco. Ambos fueron imputados por el delito de usurpación de tierras, solicitando la Intendenta de la IX Región su expulsión del país sobre la base de las Normas de Extranjería. La entonces intendenta de la Araucanía, Gloria Barrientos, los expulsó del país<sup>13</sup>.

El caso más grave, sin embargo, afectó a la documentalista chilena Elena Varela, cuyos materiales audiovisuales fueron incautados

---

con incidencia en materias periodísticas. Durante varios años el directorio de la compañía no ha nombrado oficialmente un director responsable del periódico, perpetuando una situación de indeterminación periodística en el medio. Resulta, en consecuencia, imprescindible que la sociedad chilena tenga mayor claridad sobre la función y la misión que La Nación desea cumplir en el contexto nacional de medios”. Declaración del Colegio de Periodistas de Chile, viernes 18 de abril de 2008, en [http://www.colegiodeperiodistas.cl/index.php?action=actualidad\\_nacional&noticia\\_id=274](http://www.colegiodeperiodistas.cl/index.php?action=actualidad_nacional&noticia_id=274), visitada el 1 de julio de 2008.

<sup>12</sup> “Elena Varela y graves violaciones al trabajo documental”, en *Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas*, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20080520112059>. Visitada el 7 de julio de 2008.

<sup>13</sup> “Caso Elena Varela”, en *Noticias Adoc*, en <http://www.adoc.cl/wp/?p=361>, visitada el 2 de junio de 2008.

por la Policía de Investigaciones –entre los que se cuentan numerosas entrevistas a personas requeridas por la justicia nacional– y que, además, fue formalizada por los delitos de “asociación ilícita para delinquir, robo con homicidio y robo con violencia”<sup>14</sup>. De acuerdo con el acta de formalización, Elena Varela se dedicaría –junto a otras personas– a cometer robos y asaltos en lugares

“en que se encuentran grandes sumas de dineros en efectivo... [que luego es] destinado al beneficio propio y a la mantención de lo que ellos llaman un trabajo político...”<sup>15</sup>.

La documentalista se encontraba en la zona realizando un documental denominado “Newen Mapu Che,” cuyas cintas fueron incautadas junto a otras pertenecientes a un proyecto distinto (“Sueños del Comandante”), todas financiadas con fondos concursables estatales<sup>16</sup>.

Según información de la Asociación Nacional de Documentalistas de Chile y el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, al momento de su detención cerca de veinte efectivos policiales habrían allanado su casa, procedido a detenerla, esposarla y subirla a una camioneta apuntándola durante todo el tiempo con una pistola<sup>17</sup>, mientras otros cerca de cuarenta policías habrían procedido a incautar los computadores y todo el material audiovisual que se encontraba en la casa, lo que comprendía sus dos proyectos documentales mencionados<sup>18</sup>. Todo el material de cámara, los archivos y documen-

<sup>14</sup> Acta de Audiencia, Causa Ruc 0500222874-4, 8 de mayo de 2008 (en poder de los autores del informe).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> “Elena Varela...” (n. 12).

<sup>17</sup> “Caso Elena...” (n. 13).

<sup>18</sup> Extracto de la declaración policial de Elena Varela, entregada por la Asociación de Documentalistas de Chile. “Cargaron la camioneta con cajas de película, cintas y material escrito y recopilado por mi durante los últimos 4 años sobre estos temas. Además cargaron las maletas de arte donde había armas de juguete, uniformes militares, que serían utilizadas en escenas de allanamientos a las comunidades indígenas y de las cuales existen registros audiovisuales. Cargaron 2 discos duros portátiles que tenían almacenado escenas grabadas de la película newen mapuche, 4 notebook, 4 CPU o torres de computadores así como todos los celulares que existían en la casa”. “Aprovecharon y sacaron algunas pertenencias que no eran de prioridad como joyas mapuches que iban a ser utilizadas como arte en escenas, cámara fotográfica Nikon. Celuloide de 16mm, 2 blanco y negro y 4 de color. Respecto a las cintas el material correspondiente a Newen Mapuche serían 85 cintas, a Los Sueños del Comandante, 46 y a la Orquesta Sinfónica de Panguipulli, 30. Cabe destacar que revisaron techos y cercos”.

tos pertenecientes a la producción del documental *Newen Mapu Che* fueron incautados por la Policía de Investigaciones. También os materiales del documental “Sueños del Comandante,” otro proyecto documental de Elena Varela, cuya etapa de investigación y guión era respaldada y financiada con un fondo de la CORFO.

En el contexto de su detención Elena fue obligada a visitar distintos lugares en busca de mayor información sobre sus actividades artísticas. Se la llevó a Panguipulli, a la escuela municipal en la que ella solía dar clases de música, a fin de revisar el lugar para encontrar mayor información sobre su vida. Luego inician viaje hacia la ciudad de Temuco, a los cuarteles centrales de la Policía de Investigaciones, donde un grupo de periodistas la espera. Recién en ese momento se le habría notificado la razón de su detención<sup>19</sup>.

Elena Varela dirigió una carta a la ministra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Paulina Urrutia, en la que hacía ver la injusticia que se cometía en su contra, y su preocupación por el paradero de una gran cantidad de material audiovisual incautado—además de los riesgos de difundir los nombres de quienes aparecen en esas cintas realizando declaraciones amparados por el resguardo de las fuentes<sup>20</sup>. La Ministra respondió indicando que se había pedido a Policía de Investigaciones de Chile el resguardo necesario del material, solicitando la realización de respaldos<sup>21</sup> —pese a que todo ese material forma parte de un trabajo que se encontraba en desarrollo.

---

<sup>19</sup> Extracto de Declaración policial de Elena Varela, entregada por la Asociación de Documentalistas de Chile. “Llegamos al colegio Claudio Arrau, donde por dos años dirigí esa orquesta, de hecho la fundé y trabajé con niños y jóvenes. Trabajo al cual había dejado por darle prioridad a mi película. Allí el jefe me obligó a bajar y pasar con los 30 efectivos de seguridad hacia la sala de la Orquesta. Yo estaba esposada y llorando, le dije que no me bajaría del auto para eso. Que esto era una humillación, un daño psicológico lo que harían, que yo había dejado mi corazón en ese lugar y por esos niños”. “Me insistieron, yo no quise bajarme. —No me bajaré —les dije—. Si quieren entren ustedes pero yo no ingresaré. El jefe la pensó e ingresó al colegio. No supe que les respondió el director del Colegio. Luego me llevaron a Temuco, yo estaba llorando de tristeza. Ellos manejaban en caravana a toda velocidad. Testimonio de Elena Varela proporcionado por Asociación de Documentalistas de Chile. Al llegar al cuartel de investigaciones me esperaba la prensa, eran muchos periodistas y reporteros. y reporteros que me decían: Está usted en el MIR, Participó usted en el asalto de Machalí. Ahí recién supe porque me detenían”.

<sup>20</sup> Carta en poder de los autores del informe, en: <http://periodismosanador.blogspot.com/2008/05/directora-del-documental-newen-mapuche.html>, visitada el 2 de junio de 2008.

<sup>21</sup> Respuesta en poder de los autores del informe, fechada en Santiago a 17 de mayo de 2008.

La Asociación de Documentalistas de Chile A.G. y un sinnúmero de asociaciones como Amnistía Internacional, el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y diversos personajes del mundo artístico y cultural chileno y extranjero criticaron las medidas adoptadas en contra de Elena Varela. Con ocasión de estos hechos, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presentó una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de Elena Varela y de todas aquellos otros documentalistas, cineastas y comunicadores sociales que –en un contexto de hostigamiento a la cobertura del conflicto chileno-mapuche– ven afectado su derecho a informar debidamente a la población sobre esta materia de interés público e indebidamente protegida la reserva o confidencialidad de las fuentes utilizadas en el contexto de sus proyectos audiovisuales<sup>22</sup>.

## 2: Criminalización de la crítica política

En el ámbito de la criminalización de la crítica política hemos venido dando cuenta en los *Informes anuales... 2006 y 2007...* de la situación que afecta al abogado Carlos Baraona. En 2004 el entonces senador Sergio Paez presentó una querrela por los delitos de injurias y calumnias en contra de Carlos Barahona –por dichos de éste en el marco de investigaciones judiciales sobre tala ilegal de alerce. Fue condenado por el delito de injurias graves cometidas a través de medios de comunicación social. La Clínica de Derechos Humanos y Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales presentó en 2005 una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando la vulneración, entre otros, del derecho a la libertad de expresión de Carlos Baraona. En julio de 2007 la Comisión declaró la admisibilidad de la denuncia, esto es, estimó que existen antecedentes que hacen plausible considerar que existió vulneración al derecho a la libertad de expresión del recurrente<sup>23</sup>. La denuncia se encuentra actualmente en estado de ser decidida sobre el fondo.

Mientras la Comisión decidía la admisibilidad de la denuncia internacional, en Chile, Sergio Paez presentaba una nueva querrela por injurias en contra de Carlos Baraona. Esta vez los hechos que habían motivado su presentación se encontraban en una entrevista que había

<sup>22</sup> La solicitud de medidas cautelares fue presentada el día 2 de julio de 2008.

<sup>23</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad de 30 de julio de 2007, Caso 12.624, en poder de los autores del informe.



concedido a un programa de investigación periodística sobre la tala ilegal de alerce. El programa, elaborado por una productora independiente, fue emitido por Televisión Nacional de Chile bajo el título de “Piel de Jaguar: Alerce, la Coca Verde”. En dicho programa Carlos Barahona aparece relatando los sucesos que habían concluido con su condena. En octubre de 2007, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago lo absuelve junto con el director ejecutivo de TVN, Daniel Fernández, de los delitos imputados<sup>24</sup>. Entre otras razones el tribunal entendió que las expresiones por las que se perseguía la responsabilidad de Carlos Barahona no eran injuriosas en sí, pues sólo narraban hechos pasados. Además, sostiene que los hechos que motivaron sus declaraciones, así como la realización del programa, eran hechos de interés público que “debe prevalecer sobre el interés del particular” que se querrela.

Los abogados de Sergio Paez presentaron un recurso de nulidad en contra de la sentencia por haber omitido

“la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado”,

que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>25</sup>. Esta última ordenó la realización de un nuevo juicio, pues la sentencia que se recurría

“no contiene la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, desde que no se aprecia el establecimiento de los hechos –sustanciales y atingentes a la acusación de autos– que son sometidos al juzgamiento mediante su confrontación con la norma sustantiva”.

El nuevo juicio vuelve a absolver a Carlos Barahona. Esta vez el juez de garantía señaló que las expresiones no constituían injurias graves en tanto el querrellado no había actuado con la intención de deshonestar, desacreditar o menospreciar a la persona de Sergio Paez<sup>26</sup>. Ade-

---

<sup>24</sup> 8° JUZGADO DE GARANTÍA, Causa Rit N° 3764-2007, 4 de octubre de 2007.

<sup>25</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 2347-2007, 19 de noviembre de 2007.

<sup>26</sup> Similar criterio se utilizó para absolver a periodistas del diario *La Nación* en una querrela por injurias presentadas por el sacerdote Raúl Hasbún. “Absuelven a periodistas de *La Nación* en querrela de cura Hasbún”, en *La Nación*, Santiago, 3 de diciembre de 2007. También, CORTE SUPREMA, rol N° 892-2008.

más, agregó que en el caso concreto de la tala ilegal de alerce nos encontramos ante una situación de *interés público*, máxime si se considera que el querellante y aludido era, al momento de los dichos, un funcionario público. Razonando sobre la base de decisiones de la Corte IDH, la sentencia señala que

“es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, gocen de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”<sup>27</sup>.

Esta sentencia, como pocas, avanza en la implementación de criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>28</sup>.

En efecto, la Corte IDH ha sostenido que las condenas criminales no sólo inhiben la crítica política y el control ciudadano de sus autoridades. La mantención de los delitos de injurias y calumnias son *per se* contrarias a la CADH, pudiendo ser consideradas mecanismos indirectos de censura<sup>29</sup>. Lo anterior, no quiere decir que, eliminando las sanciones penales, Chile adecua su legislación a los estándares establecidos en la Convención. La persecución de reparaciones civiles puede causar efectos igualmente nocivos para la libertad de expresión (autocensura, congelamiento de la crítica política, así como la quiebra del medio de comunicación en cuestión)<sup>30</sup>. Por lo mismo, resulta relevante mencionar que en contra de Carlos Baraona no sólo se presentó una querrela criminal; además, se interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por daño moral, por la suma de \$160.000.000<sup>31</sup>. En este mismo sentido cabe mencionar que el diputado (entonces) DC, Jaime Mulet, presentó una demanda en contra

---

<sup>27</sup> 8º JUZGADO DE GARANTÍA, de Santiago, Rit No 3764-2007, 19 de enero de 2008.

<sup>28</sup> La defensa de Carlos Baraona fue asumida por el Programa Pro Bono del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, a cargo del abogado Francisco Cox.

<sup>29</sup> Véase, por todas, CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, 2 de julio de 2004, par. 101.2.

<sup>30</sup> Eduardo BERTONI, *Libertad de expresión en el estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, pp. 27-57.

<sup>31</sup> La defensa de Carlos Baraona en esta causa civil es llevada por la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a cargo de los abogados Carlos Pizarro y Mayra Feddersen. Al momento del cierre de la edición del presente informe, dicha causa se encontraba en sus etapas preliminares.

del diario *La Tercera*, reclamando daños morales por la suma de quinientos millones de pesos<sup>32</sup>. En la demanda cuestiona una serie de reportajes del mencionado diario en el caso de corrupción de Chiledeportes, en los que se mencionaba a un integrante de su lista a las elecciones internas de la DC –de la cual formaba parte.

### 3. Cámaras ocultas y privacidad

En el *Informe anual... 2004...*<sup>33</sup> dimos cuenta del inicio de acciones criminales en contra de un grupo de periodistas de Chilevisión por el delito de invasión a la privacidad en el caso sobre cámaras ocultas en el despacho del juez Daniel Calvo. Durante 2007 se produjeron importantes novedades que ratifican el trato favorable que nuestros tribunales entregan a funcionarios públicos (como señalamos en el *Informe anual... 2007...* con respecto a las decisiones del TC que favorecían a los parlamentarios, declarando inconstitucional el procedimiento de desafuero) y personajes públicos. En agosto de 2007 la Corte Suprema absolvió al periodista Alejandro Guiller, cara visible de la estación televisiva Chilevisión, del delito de invasión a la privacidad. Se señaló que no se había logrado acreditar su autoría inmediata y directa en el delito<sup>34</sup>. Sin embargo, la decisión fue duramente cuestionada desde el Colegio de Periodistas, pues se condenaba como autores del delito al editor general, al periodista que realizó la grabación y al productor de la misma<sup>35</sup>. Para el presidente del Colegio de Periodistas, Luís Conejeros, la decisión es lamentable no sólo porque “el fallo fue construido para sacar a Alejandro Guiller del medio” sino, particularmente, porque los jueces envían una potente señal: no quieren ser investigados<sup>36</sup>. Ello se ratifica al conocerse un polémico instructivo emitido por la Corte Suprema que restringía la labor periodística<sup>37</sup>. Vale la pena destacar que estos hechos fueron objeto de la presentación de una denuncia

<sup>32</sup> “Mulet presenta demanda contra La Tercera”, en *La Tercera*, Santiago, 19 de enero de 2007.

<sup>33</sup> pp. 201-204.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA, rol N° 3005-2006, 9 de agosto de 2007.

<sup>35</sup> Patricio Caldichoury, Fernando Reyes y Raúl Pobrete, respectivamente. “Absuelven a Guiller por uso de cámara oculta en el caso Spiniak”, en *La Nación*, Santiago, 10 de agosto de 2007.

<sup>36</sup> “Periodista condenado: ‘Jueces son intocables’”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de agosto de 2007.

<sup>37</sup> Ese instructivo, así como sus repercusiones, se analizan en la sección sobre transparencia y derecho de acceso a la información.

presentada ante la CIDH por el abogado Francisco Cox, el día 27 de febrero de 2008. La denuncia alega violación por parte del Estado de Chile, a la libertad de expresión y derecho a informar de los periodistas condenados, al principio de legalidad y la igualdad ante la ley.

#### 4. Concentración de los medios de comunicación

El sistema interamericano de derechos humanos ha reconocido que la existencia de monopolios y oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación constituyen un serio obstáculo al derecho de las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas<sup>38</sup>. Si bien es cierto que se carece de parámetros concretos conforme a los cuales verificar cuándo la concentración se traduce en una afectación indebida de la libertad de expresión, resulta evidente que esa libertad demanda pluralidad de medios de comunicación como una de las condiciones que permitirá asegurar su total fuerza. No basta con asegurar el derecho a crear y dirigir medios de comunicación; sino que es preciso, además, garantizar la pluralidad de los mismos, independencia de los periodistas independientes y acceso igualitario al espacio en que se difunden las ideas. Teniendo en cuenta lo anterior resulta fundamental debatir cuál es el papel del Estado frente a la libertad de expresión<sup>39</sup>. Es claro que el Estado debe abstenerse de censurar y reprimir la libre circulación de ideas<sup>40</sup>. Pero en contexto de sociedades capitalistas resulta mucho más difícil aclarar cuál es el papel que le cabe al Estado en la toma de acciones para asegurar un nivel adecuado de pluralismo. Quizá la forma en que se encuentra redactada la propia Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión contribuye a pensar un papel mucho más modesto para el Estado: uno solo vigilante de la mantención de la competencia que, así, se sujeta a parámetros del mercado. En efecto, el principio número 12, sobre libertad de expresión, señala que, reconociendo los monopolios y oligopolios en la propiedad sobre los medios de comunicación como un obstáculo a la libertad de expresión, éstos deben sujetarse a las leyes de libre competencia<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, *Protection of the Right to the Freedom of Expression in the Inter-American System*, San José, CJDI, 2006, p. 128.

<sup>39</sup> Esta discusión ha sido avanzada doctrinariamente –pero con un fuerte vínculo a casos concretos– por Owen M. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999.

<sup>40</sup> CORTE IDH, (n. 1).

<sup>41</sup> Declaración Interamericana de Principios de la Libertad de Expresión, 108ª sesión ordinaria de la OEA, 2000.

La realidad chilena relativa a la concentración de los medios de comunicación, considerando estos principios generales resulta, sin embargo, preocupante. En el *Informe anual... 2007...* dimos cuenta de los resultados del informe de la comisión investigadora de la Cámara de Diputados sobre concentración del avisaje estatal en los medios de comunicación, quizá una de las formas más importantes de actividad estatal<sup>42</sup> vinculada con el “mercado de la información”.

A su vez, la insuficiencia de los criterios de libre mercado como mecanismos exclusivos para la regulación del mercado de la información es también preocupante en Chile, tal y como lo demuestra la concentración de la propiedad de radios por parte del grupo español Prisa. En Chile, la Ley sobre Libertades de Opinión e Información señala, en su artículo 3,º que: “[e]l pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país”<sup>43</sup>. Sin embargo, e inmediatamente después, el legislador señala que, con ese propósito, “se asegurará la libertad de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social”, insuficiente para asegurar una completa vigencia de la libertad de expresión, como señalamos antes. Normas posteriores, en línea con los principios arriba enunciados, reenvían la regulación del “mercado de la información” a las normas sobre regulación de la libre competencia económica<sup>44</sup>. Tomando en cuenta ese reenvío, la Ley sobre Libertades de Opinión e Información considera como actos contrarios a la libre competencia en el sistema informativo

- a) entorpecer la producción de informaciones y
- b) entorpecer el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación<sup>45</sup>.

En un esquema en que el sistema de difusión de información se sujeta a los criterios de regulación de la competencia económica, el TDLC posee facultades en dos ámbitos diversos. Primero, respecto a los medios de comunicación no sujetos al sistema de concesión del Estado, éstos deben informar al TDLC cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control. Para que ese cambio se haga efectivo no se requiere autorización pre-

---

<sup>42</sup> En tanto no es una omisión.

<sup>43</sup> Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información, véase *Diario Oficial*, Santiago, 4 de junio de 2001.

<sup>44</sup> DL N° 211, véase *Diario Oficial*, Santiago, 22 de diciembre de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DS N° 511 de 1980.

<sup>45</sup> Artículo 37 (n. 44).

via del Tribunal. Segundo, y respecto a los medios de comunicación sujetos al sistema de concesión del Estado, la transacción vinculada al cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación deberá contar con un informe previo del TDLC<sup>46</sup>. En ese contexto, la FNE sometió a conocimiento del TDLC la operación de compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A. por parte del grupo español Prisa, quien aspira a controlar doce cadenas nacionales. La FNE argumentó que la operación afectaría las condiciones de competencia y, por lo mismo, exigió al TDLC que ordene al grupo la venta de cuatro señales, lo que, en su concepto, mantendría el equilibrio. El TDLC, sin embargo, autorizó la operación imponiendo condiciones muy menores, razón por la cual la FNE recurrió a la Corte Suprema, donde el panorama no varió<sup>47</sup>.

Son estas bajas exigencias las que llaman la atención con relación a los estándares que se utilizan para decidir este tipo de casos. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Federal alemán ha incorporado nuevos criterios de evaluación para decidir estas contiendas, más cerca de la igualdad en el acceso a la libertad de expresión que de la libre competencia económica. Así, ha señalado que el Estado, decidiendo y regulando quiénes acceden a espacios para la creación de radios, debe promover el ingreso y representación de todas las fuerzas sociales, no pudiendo dejar la regulación del mercado radial “al destino o al libre juego de las fuerzas”. Para ello es preciso reconocer que el Estado no sólo satisface la libertad de expresión mientras se abstiene de censurar sino que lo hace, también, cuando positivamente se encarga de “asegura[r] que la diversidad de opiniones existente[s] en la radio se exprese lo más amplia e integralmente posible...”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Artículo 38 (n. 44). No existe ninguna referencia en la mencionada ley sobre los criterios conforme a los cuales se expedirá el informe en cuestión.

<sup>47</sup> “Fiscalía Nacional Económica confía en que Suprema revierta la compra de Iberoamerican,” en *Radio Cooperativa*, 25 de octubre de 2007, disponible en [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20071025/pags/20071025151614.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20071025/pags/20071025151614.html), visitada el 25 de octubre de 2007. En efecto, para autorizar la operación la Corte ordenó mantener las condiciones establecidas por el TDLC, esto es, enajenar una serie de concesiones radiales aisladas, sin pronunciarse sobre la Región Metropolitana. Más sorprendente aún resulta el razonamiento final de la Corte, donde señala que: “el hecho de que el mercado sea limitado, como ya se analizó, determina que, de producirse una fusión, casi en forma inevitable se produzca el fenómeno de concentración del mercado, cuyas consecuencias se verán luego de encontrarse operando las empresas fusionadas...”, considerando 7°. Corte Suprema, Rol N° 4578-2007, 22 de noviembre de 2007.

<sup>48</sup> Sentencia 57, 295, Tribunal Constitucional Federal alemán, citada en Jürgen SCHWABE, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo-Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez - Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 164-70.

Esta discusión comienza a generarse incipientemente en Chile. Motivado, en parte, por el caso del grupo español Prisa, la Cámara de Diputados creó una comisión especial sobre libertad de pensamiento y expresión, derecho a la información y medios de comunicación, cuyo principal objetivo será buscar mecanismos que permitan superar la insuficiente diversidad y pluralismo<sup>49</sup>. La misma se gestó a instancias de una solicitud de cuarenta y ocho legisladores de la Concertación<sup>50</sup>. La Alianza por Chile no patrocinó la medida, y parte de sus representantes agregaron que se buscaba: “meter la mano [e] intervenir de alguna forma la información pública” —como señaló el diputado Alberto Cardemil<sup>51</sup>. En esa misma línea agregó que: “[l]a intervención de burócratas e ideología es peligrosa para la libertad de prensa y opinión”<sup>52</sup>. El presidente de la Asociación Nacional de Prensa, Juan Luis Sommers, por su parte, señaló que el estado de la libertad de expresión es óptimo en el país, y que la comisión creada representa solo una nube en el cielo<sup>53</sup>.

## II. TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

El año 2007 ha sido fructífero en materia de transparencia y acceso a la información pública. Desde 2005 ambos aspectos poseen reconocimiento constitucional en el artículo 8º de la Constitución Política de la República de Chile, que establece el principio de probidad para el desempeño de las funciones públicas, por una parte, y la publicidad de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos de toma de decisiones administrativas, por otra.

Los objetivos que persigue la incorporación de este nuevo precepto constitucional, sin embargo, corren el riesgo de quedar trancos debido al funcionamiento práctico de su reglamentación. El *Informe anual... 2007..* incorporó un capítulo sobre derechos de las personas inmigrantes y refugiados. Para la configuración de ese capítulo, así como para dar seguimiento a las situaciones ahí detalladas, se solicitó informa-

---

<sup>49</sup> “Acuerdo ‘sorpresa’ fue la creación de comisión sobre medios de prensa”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de marzo de 2007.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> “Cardemil objetó la forma en que se creó ‘comisión prensa’”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de marzo de 2007

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> “Gobierno anuncia normas sobre libertad de expresión”, en *El Mercurio*, Santiago, 23 de agosto de 2007.

ción a la sección del Departamento de Refugio y Reasentamiento del departamento de Extranjería, y al departamento de Extranjería y Migración, ambos del Ministerio del Interior. La información solicitada se refería a aspectos fundamentales del trabajo de ambas instituciones. Específicamente, y entre otros antecedentes se solicitó información respecto al número de inmigrantes en situación regular e irregular en nuestro país; número de solicitudes de permanencia definitiva que se encuentran pendientes a diciembre del año 2006; información acerca de la posible existencia de un anteproyecto de ley o iniciativa legal similar en materia de extranjería en el que actualmente estén trabajando los asesores de jefatura del departamento de Extranjería y Migración, principales contenidos del mismo (en caso de existir), entre otras informaciones. De esas solicitudes –cartas despachadas los días 1 y 19 de julio de 2007– no hubo respuesta. El Centro demandó al Ministerio del Interior y a los departamentos antes mencionados<sup>54</sup>. El tribunal de instancia argumentó que la información requerida no era un acto administrativo, rechazando la demanda<sup>55</sup>.

En esta misma línea, y a propósito de la demanda interpuesta en contra de Gendarmería, que también hizo caso omiso de solicitudes de acceso a la información enviadas desde este Centro de Derechos Humanos, cabe agregar que se encuentra pendiente una denuncia presentada ante la CIDH, y en contra del Estado de Chile, por realizar cobros excesivos para satisfacer el acceso a la información<sup>56</sup>.

Además del caso recién relatado, y a propósito del análisis de las distintas esferas que involucra la transparencia, nos encontramos con aspectos pendientes en los poderes Judicial y Legislativo, justamente los que quedan al margen de la nueva legislación sobre acceso a la información, a la que acá también nos referimos.

#### *a) Transparencia judicial*

Tal como señaláramos más arriba, a comienzos de 2007 el pleno de la Corte Suprema dictó un instructivo en el que impedía a los perio-

---

<sup>54</sup> 26° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, Rol N° 18.248-2007.

<sup>55</sup> 29 de mayo de 2008. Al momento el cierre de la edición de este informe, la apelación se encontraba pendiente.

<sup>56</sup> Los detalles de los hechos que dieron origen al caso, así como las decisiones judiciales sobre el mismo, se encuentran detalladas en CENTRO DE DERECHO HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos 2006. Hechos 2005*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006, pp. 46-59 y 321-323 y pp. 11-12; 52-55 y 94. La denuncia se encuentra rotulada bajo petición N° 1233/07.



distas acercarse a ministros y jueces sin el consentimiento de éstos. De acuerdo con el pleno de la Corte Suprema, el instructivo buscaba “evitar entorpecer las labores del personal judicial y la libre circulación del público”. Con ello se aseguraría

“el tranquilo desplazamiento de los ministros, fiscales judiciales, relatores, jueces y secretarios en los locales judiciales y estacionamientos anexos, evitando abordarlos sin su consentimiento y causarles molestias con el flash y luces de fotografías y filmaciones”<sup>57</sup>.

Este tipo de regulaciones evidencia que los miembros del Poder Judicial simplemente no comprenden que ejercen funciones públicas que la ciudadanía tiene legítimo derecho a conocer, controlar y cuestionar. Esta falta de comprensión se hace mucho más evidente cuando se repara en las respuestas que algunos ministros de Corte Suprema dieron a las preguntas de los periodistas al respecto. Así, por ejemplo, el Presidente de la Corte Suprema, señaló: “no estimo que sea un retroceso, sino que sólo un afán de reglamentar la situación”<sup>58</sup>. A su vez, el entonces ministro Alberto Chaigneau, por su parte, respondió que: “hablan de libertad de expresión, pero que la privacidad de uno tenga que doblegarse por la libertad de expresión, eso no lo acepto”<sup>59</sup>. Sin embargo, ni el palacio de Tribunales ni los estacionamientos de éste, mucho menos las funciones que desempeñan los jueces, son espacios sobre los cuales pueda reclamarse una irrestricta privacidad.

Finalmente, el instructivo, que había motivado el reproche del Colegio de Periodistas y parlamentarios, además de otras agrupaciones<sup>60</sup>, fue anulado por el mismo pleno de la Corte Suprema. Según reportes de prensa, la mala exposición pública del Poder Judicial habría sido esencial para revocar la medida, mientras algunos ministros de Corte señalaron que, haber intentado obligar a los periodistas a acatar su contenido, además de haberlo hecho vía autoacordado, habría sido un error<sup>61</sup>. La mala percepción pública del Poder Judicial

---

<sup>57</sup> “Suprema restringe labores de prensa en medio de negociación por más recursos”, en *La Tercera*, Santiago, 27 de marzo de 2007.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> “Reporteros sin Fronteras rechaza restricciones de Suprema a la prensa”, en *La Tercera*, Santiago, 29 de marzo de 2007.

<sup>61</sup> “La Discusión que anuló la decisión de los ministros”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2007.

—ya señalada en el *Informe anual... 2006...*<sup>62</sup>— y el traspíe provocado por la aprobación del instructivo generó una reestructuración de la oficina de comunicaciones del Poder Judicial<sup>63</sup>, a cargo de la periodista Mónica González<sup>64</sup>. Las razones que motivaron el despido del anterior encargado de comunicaciones, Miguel González, se encontrarían en un “pésimo diagnóstico de la percepción pública del Poder Judicial”, encargado por la Corte a una empresa externa<sup>65</sup>, así como el hecho de que éste no hubiese advertido al pleno sobre “la reacción de la prensa y las consecuencias que el hecho [la aprobación del instructivo] iba a traer”<sup>66</sup>.

Es cierto que la preocupación del Poder Judicial, relativa a los niveles de percepción ciudadana demuestra una relativa atención a la opinión pública. Sin embargo, cabe precisar que una vez que se conocieron esos estudios, fueron los mismos ministros de la Corte Suprema quienes realizaron declaraciones deslegitimando los informes sobre percepción ciudadana<sup>67</sup>.

#### b) *Transparencia legislativa*

Los jueces no son los únicos que parecen querer mantenerse al margen del control ciudadano. Tal y como se ha dado cuenta en *Informes anuales...* anteriores, los diputados y senadores chilenos suelen legislar en materia de transparencia y protección a la vida privada, primero, en medio de casos de evidente connotación pública y, segundo, en su propio interés<sup>68</sup>. Sin duda que la derogación de las leyes de des-

<sup>62</sup> pp. 167-169.

<sup>63</sup> “Piden a Suprema definir política comunicacional”, en *El Mercurio*, Santiago, 21 de abril de 2007.

<sup>64</sup> “Tras fallido auto acordado contra la prensa Suprema estudia nueva política comunicacional”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de abril de 2007.

<sup>65</sup> “P. Judicial resuelve su política comunicacional”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de mayo de 2007.

<sup>66</sup> “Tras fallido...” (n. 64).

<sup>67</sup> De esos informes, así como de la reacción de los ministros de la Corte Suprema, dimos cuenta en CENTRO DE DERECHO HUMANOS, *Informe anual... 2006...* (n. 51), pp. 167-169.

<sup>68</sup> Por ejemplo, las normas sobre acceso a la información hasta 2008 contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración, véase *Diario Oficial*, Santiago, 5 de diciembre de 1986, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1, véase *Diario Oficial*, Santiago, 13 de diciembre de 2000, dejan fuera de los procedimientos judiciales de acceso a la información al Poder Legislativo. En materia de protección a la vida privada, el caso Spiniak, así como las grabaciones con cámaras ocultas en el despacho del juez Daniel Calvo, gatillaron una serie de indicaciones al proyecto de

acato es un paso adelante. Sin embargo, durante 2007 se produjo un hecho de particular importancia que revela qué tan dispuesto está el Parlamento a ser fiscalizado por la ciudadanía electora.

En noviembre de 2007, el Senado de Chile rechazó el proyecto de ley que obligaba al Congreso a rendir cuenta de su gestión anual, justo en momentos en que se discutía la ley de acceso a la información<sup>69</sup>. El proyecto de ley obligaba a los parlamentarios, entre otras cosas, a

“informar a los ciudadanos sobre el trabajo en sala de los parlamentarios, y los obliga[ba] a rendir cuenta sobre la gestión en sus respectivos distritos o circunscripciones”<sup>70</sup>,

todo ello ante el Congreso Pleno. Para justificar esa decisión, Patricio Walter, entonces presidente de la Cámara de Diputados, señaló que la Cámara contaba con una completa página web, haciendo referencia, también, a un estudio sobre transparencia realizado a treinta y ocho instituciones. En dicho estudio la Cámara de Diputados aparecía en el sexto lugar, lo que, evidentemente, el Diputado consideraba suficiente. Por lo mismo estimó que las críticas dirigidas por el rechazo del proyecto eran “desafortunadas”<sup>71</sup>.

Dentro de los senadores que votaron rechazando la moción, en general, se acordó que se trataba de una iniciativa bienintencionada, pero que, a la larga –sostuvieron– sería sólo “un ritual” y una “nueva fuente de desprestigio”<sup>72</sup>. Con el rechazo de esta iniciativa, el Poder Legislativo se mantiene al margen de las normas sobre acceso a la in-

---

ley sobre protección civil de la vida privada, restrictivas de la libertad de expresión, véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004. Hechos 2003*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2004, pp. 204-207 y CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005. Hechos 2004*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2004, p. 263.

<sup>69</sup> Contra el proyecto votaron los siguientes parlamentarios: Soledad Alvear, Jorge Arancibia, Nelson Ávila, Carlos Cantero, Carlos Kuschel, Pablo Longueira, Ricardo Núñez y Víctor Pérez. Las abstenciones corresponden a: Andrés Chadwick, Juan Antonio Coloma, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Roberto Muñoz Barra y Jovino Novoa. “Rechazan moción que establecía la obligatoriedad de dar cuenta pública a los Presidentes de ambas Cámaras”, en *Diario Electrónico del Senado*, 13 de noviembre de 2007, en [http://www.senado.cl/prontus\\_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus\\_senado/site/artic/20071113/pags/20071113205510.html](http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20071113/pags/20071113205510.html), visitada el 2 de junio de 2008..

<sup>70</sup> Moisés SÁNCHEZ, “Transparencia parlamentaria”, carta publicada en *La Tercera*, Santiago, 17 de noviembre de 2007.

<sup>71</sup> “Transparencia parlamentaria”, carta publicada en *La Tercera*, Santiago, 25 de noviembre de 2007.

<sup>72</sup> “Rechazan moción...” (n. 69).

formación y publicidad, contando con un amplio número de sesiones secretas que se mantiene en sus reglamentos.

El contexto recién descrito, así como una serie de estudios que dieron cuenta del mal estado del acceso a la información pública<sup>73</sup> (pese a la reforma constitucional de 2005 y la condena de la Corte IDH al Estado chileno en el caso Claude) motivaron una rápida discusión y aprobación de la nueva ley de acceso a la información pública. El día 4 de marzo de 2008 concluyó la discusión del “proyecto de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”. Ese mismo día el proyecto fue enviado al TC para su control de constitucionalidad<sup>74</sup>. En lo medular la ley —al igual que las normas hasta ahora contenidas en la Ley de Bases—<sup>75</sup> mantiene su ámbito de aplicación sólo sobre los órganos de la administración del Estado, quedando excluidos los poderes Legislativo y Judicial. Otros, como el Banco Central quedan cubiertos parcialmente, pese a intentos de parlamentarios por intentar un mayor grado de transparencia en él<sup>76</sup>. En efecto, una parte importante de la discusión legislativa estuvo centrada en la decisión relativa a los grados de transparencia con la que debería comenzar a operar el Banco Central<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> “Periodistas evaluaron acceso a la información en organizaciones chilenas”, II Barómetro de Acceso a la Información, en <http://www.udp.cl/comunicados/1105/29/barometro.htm>, visitada el 2 de junio de 2008; CORPORACIÓN PARTICIPA, “Monitoreo de acceso a la información pública”, en <http://www.participa.cl/archives/103>, visitada 12 de mayo de 2008.

<sup>74</sup> Hasta el cierre de la edición de este informe, dicho proyecto de ley se encontraba en manos del TC para el estudio de su constitucionalidad. Oficio N° 185/SEC/08, 4 de marzo de 2008, en poder de los autores de este informe

<sup>75</sup> (n. 68).

<sup>76</sup> “Diputados quieren que el BC sea vigilado en transparencia”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de julio de 2007.

<sup>77</sup> Institución que no ha estado ajena de conflictos en materia de transparencia. En 2003 la ONG Terram solicitó acceso a la información con respecto a varios aspectos involucrados en la elaboración, por parte del Banco Central, de un informe sobre viabilidad y sustentabilidad de la explotación del bosque nativo en Chile. Entre otros se solicitaba acceso a: “la metodología utilizada, el valor de las variables y coeficientes aplicados en las estimaciones (...) datos de los planes de manejo forestal utilizados (...) bibliografía y fuentes utilizadas (...) lista de los expertos consultados (...)”. Dicho informe negaba las conclusiones perjudiciales para el ambiente contenidas en un informe previo elaborado por la Universidad Austral. Pese a que un tribunal de instancia había concedido el acceso a la información, dicha decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que dio la razón al Banco sobre la base de causales amplísimas de reserva que contempla la propia Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6016-2003, 26 de septiembre de 2003.

Sin embargo, un aspecto importante a destacar es la creación del futuro Consejo para la Transparencia, cuyas principales funciones serán las de

“promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”<sup>78</sup>.

Su función fundamental será, desde luego, la de resolver los conflictos entre particulares que solicitan información y los servicios que, con fundamento en la ley, la nieguen. Sus decisiones serán susceptibles de apelación ante las cortes de Apelación respectiva.

Pese al importante avance que significa su incorporación, y no obstante que se le reconoce autonomía de Derecho Público, sus miembros (cuatro) son designados por el Presidente de la República. Para que los candidatos sean elegidos deberán contar con el apoyo de  $\frac{2}{3}$  de los miembros del Senado. En informes anteriores hemos dado cuenta de una serie de problemas que afectan a este tipo de procedimientos, y que van desde el secreto de las audiencias de ratificación, a las visitas que los candidatos realizan en las distintas oficinas parlamentarias a objeto de lograr el consenso que les permita alcanzar el quórum de aprobación<sup>79</sup>. Estos aspectos deben ser debidamente tomados en cuenta a la hora de diseñar e implementar estas instituciones de control.

En cuanto a la ley propiamente tal, los problemas surgen una vez más al analizar las normas que establecen la posibilidad de *reserva* y *secreto* para cierta información estatal. Ellas podrían bien significar una colisión con el principio constitucional consagrado en el artículo 8º de la Constitución. De acuerdo con la regulación constitucional las únicas causales en virtud de las cuales podrán establecerse reservas y secretos, son las que ella misma menciona (como la afectación del debido cumplimiento de las funciones del servicio y la seguridad nacional, entre otras). Si bien la ley reitera esas causales, *agrega otras no contempladas constitucionalmente*, facultando a los jefes de servicio de la administración del Estado para calificar si concurre alguna de las hipótesis que se prevén, en circunstancias que la Constitución señala

---

<sup>78</sup> Artículo 32 (n. 74).

<sup>79</sup> En relación con la designación de los ministros de Corte Suprema y Tribunal Constitucional, véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 56), pp. 170-206 y 252-261.

que “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto”<sup>80</sup>. Es decir, porque la Constitución considera la publicidad como un principio de máxima relevancia es que las excepciones deben ser establecidas únicamente por una ley de quórum calificado, y no por medio de causales genéricas reiteradas en una ley que, finalmente, lo que hace es dejar la decisión en manos del jefe de servicio. En el pasado –y tal como el preámbulo del mismo proyecto de ley que ahora se comenta señalaba– fue la facultad que se delegó en los servicios para dictar reglamentos de reserva y secreto la que terminó haciendo inoperante las normas sobre acceso a la información.

Mientras se discutía ese proyecto de ley, el TC dictó una importante sentencia en materia de derecho de acceso a la información. La importancia argumentativa de dicha decisión radica en que el TC reconoce que las personas tienen un derecho fundamental para solicitar el acceso a la información pública. Sus efectos prácticos, en tanto, alcanzaron la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que facultaba a los jefes de servicio a denegar la entrega de información cuando estimaren que, con ello, se afectaban “intereses” de terceras personas<sup>81</sup>. Pese a este avance en el TC, a comienzos de 2008 una serie de notas de prensa revelaban que parte importante de los ministerios no cumplían con un instructivo de transparencia enviado por la presidenta Bachelet a todos los servicios públicos<sup>82</sup>, para dar mayor vigor a los principios de probidad y transparencia contenidos en el artículo 8º de la Constitución<sup>83</sup>.

### III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN CHILE

La protesta social se ha convertido en una de las formas más recurrente de expresión democrática. Parte importante de las manifestaciones en contra de la dictadura de Augusto Pinochet se realizaban por medio de movilizaciones sociales y, desde la vuelta a la democra-

<sup>80</sup> *Constitución Política de la República de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, artículo 8º, inc. 2º.

<sup>81</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 634-2006, 9 de agosto de 2007.

<sup>82</sup> “Ministerios políticos no cumplen instructivo de transparencia de Bachelet”, en *El Mostrador*, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=243972](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=243972), visitada el 10 de abril de 2008

<sup>83</sup> Presidencia de la República, “Instructivo Presidencial sobre transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado”, en *Gab. Pres.*, oficio N° 008, Santiago, 4 de diciembre de 2006.

cia, se han producido constantemente en el país<sup>84</sup>. En efecto –y según notas de prensa– el gobierno de Michelle Bachelet apunta los índices más altos de protestas dentro de los gobiernos de la Concertación, coalición política que se ha mantenido en el poder desde 1990<sup>85</sup>. Quizá la más importante de estas movilizaciones fue la que protagonizaron los estudiantes secundarios durante 2006, reclamando, entonces, una educación pública de calidad. El éxito de sus demandas fue particularmente importante, incluyendo la renuncia del entonces ministro de Educación y el anuncio que la Presidenta de la República hiciera por cadena nacional de la reforma al sistema educacional.

Desde el punto de vista del Derecho, sin embargo, el fenómeno es nuevo en Chile. La razón detrás de las movilizaciones se encontraría –se ha sugerido– en

“las expectativas de participación social que creó la Presidenta al prometer un gobierno ciudadano. Por el estilo político no autoritario, más permisivo de Bachelet, muy en contrario con el de Lagos y Frei”<sup>86</sup>,

anteriores presidentes de la República. En el Derecho Comparado, pero en especial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cambio, el derecho a la protesta se entiende como una forma de manifestación de las expresiones y del derecho de reunión. En Chile, sin embargo, el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y del derecho de reunión se confunde con las reglamentaciones administrativas y de policía que reciben las movilizaciones sociales. Se ha prestado escasa atención al hecho de que las regulaciones a la libertad de reunión se lleven adelante por medio de reglamentos de policía, pese a que es la propia Constitución la que ordena que las regulaciones de los derechos fundamentales debe realizarse sólo por medio de una ley, y siempre y cuando esa regulación no imponga trabas innecesarias al ejercicio del mismo<sup>87</sup>. A lo anterior deben sumarse episodios de violencia policial, y a situaciones en las que el Estado,

---

<sup>84</sup> En particular las conmemoraciones anuales del 11 de septiembre de 1973 y otras fechas emblemáticas que se revisarán a continuación, y a propósito de graves acontecimientos ocurridos durante 2007.

<sup>85</sup> “Bachelet lidera ranking de protestas en los gobiernos de la Concertación”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de septiembre de 2007. Hasta septiembre de 2007 se contabilizaban 18 “importantes protestas y más de un centenar de manifestaciones menores”.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Constitución Política...* (n. 80), art. 19 N° 26.

pese a su papel de garante, endosa responsabilidad por incidentes a los manifestantes antes que a sus sistemas de fuerza pública.

El objetivo principal de esta sección es el de avanzar la discusión de la movilización social como ejercicio de derechos a la libertad de expresión y de reunión—en consonancia con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### 1. La protesta como ejercicio de derechos

En el Derecho Comparado se ha llamado la atención sobre el hecho de que las movilizaciones sociales, los encuentros públicos u otras formas menos articuladas de protesta pueden ser, no sólo el mejor sino el único mecanismo por medio del cual sectores marginados de la comunidad pueden llegar a comunicar sus puntos de vista<sup>88</sup>. De ahí que las movilizaciones sociales y las protestas sean concebidas como formas de expresión que un Estado democrático debe tolerar:

“[t]omar parte en protestas públicas, en especial si esas manifestaciones son televisadas y ampliamente cubiertas [por la prensa], permite que las personas sin acceso a los medios de comunicación contribuir al debate público”<sup>89</sup>.

Parte importante del *Informe anual 2005* de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA está destinado a mostrar el estrecho vínculo que existe entre la libertad de expresión —en los diferentes instrumentos internacionales que la reconocen— y las movilizaciones sociales<sup>90</sup>.

Las protestas no sólo son ejercicio de la libertad de expresión sino, además, manifestación del derecho de reunión. Cuando consideramos este segundo derecho involucrado, las formas de expresión no tradicionales adquieren todavía más fuerza en un sistema democrático<sup>91</sup>. Ambas libertades poseen un vínculo indisoluble en tanto

<sup>88</sup> Puntos de vista que adquieren una dimensión aún más fuerte cuando son de crítica política al desempeño estatal, como nos ha enseñado la experiencia nacional a propósito de las protestas en materia de educación, subcontratación, verdad y justicia, y vivienda.

<sup>89</sup> Eric BARENDT, *Freedom of Speech (segunda edición)*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 268.

<sup>90</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Informe anual 2005*, pp. 146-149, en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=662&IID=2>. Visitada el 4 de abril de 2008.

<sup>91</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), pp. 130-131.



“sirven a un mismo valor (...) el auto desarrollo de aquéllos que participan en una movilización u otra forma de protesta, y la diseminación de ideas y opiniones esenciales para el funcionamiento de una democracia activa. Manifestaciones públicas y protestas permiten que esas ideas sean comunicadas de una forma mucha más efectiva”<sup>92</sup>,

en especial tratándose de sectores marginados y desplazados del foro público, es decir, de sectores cuyas demandas son desatendidas por el sistema político, muchas veces porque el propio sistema político ni siquiera llega a escucharlas<sup>93</sup>.

En conclusión, y de acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, las manifestaciones públicas son, a un tiempo, ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión<sup>94</sup>. Como en ellas hay ejercicio de derechos fundamentales es preciso mirar con seria desconfianza las limitaciones que se imponen a la realización de manifestaciones públicas, por una parte, y a la criminalización que se sigue sobre quienes toman parte de ellas, por otra. Si bien no se trata de actividades que puedan desarrollarse sin límite alguno<sup>95</sup>, tampoco de actividades que puedan restringirse arbitrariamente. Y ése es, justamente, una de las discusiones que plantea la protesta social. Si atendemos a los estándares que se han desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos veremos que el establecimiento de límites al ejercicio del derecho a la protesta “debe responder a una rigurosa justificación”<sup>96</sup>, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En el contexto de las sociedades actuales es hasta cierto punto inevitable que estas formas de expresión puedan llegar a pugnar con el orden público. En este sentido, parte importante de los esfuerzos de la doctrina comparada, así como de los diferentes órganos de decisión judicial (en el ámbito doméstico e internacional), ha estado encaminada a sugerir el balance adecuado que debe realizarse entre las movilizaciones sociales, por una parte, y el orden público, por

<sup>92</sup> BARENDT (n. 89), p. 272.

<sup>93</sup> Roberto GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho (primera reimpresión)*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2007, pp. 205-207.

<sup>94</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90).

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Caso Tae-Hoon Park c. República de Corea, citado en RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), pp. 134-135.

otra. Dicho de otra forma, las movilizaciones sociales no se analizan correctamente cuando se las mira sólo a través del cristal de las libertades de expresión y de reunión, o sólo a través del cristal del orden público. Por el contrario, el análisis de casos en el Derecho Comparado sugiere que hay diferentes formas de balance que pueden lograrse entre los diferentes intereses que se cruzan<sup>97</sup>. En la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, se ha indicado que las restricciones a la libertad de expresión y al derecho a reunión únicamente se encuentran justificadas cuando:

- 1) se encuentran establecidas por ley,
- 2) con el objetivo de proteger la seguridad nacional, la seguridad pública la defensa del orden y la prevención del delito la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos, y
- 3) siempre y cuando se trate de restricciones necesarias en una sociedad democrática<sup>98</sup>.

## *2. Movilización social en Chile y libertad de expresión*

Para el caso chileno es necesario centrar la atención en al menos tres áreas que se han visto seriamente afectadas por la escasa atención que las autoridades han prestado a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a las mismas normas que reconocen la libertad de expresión y el derecho de reunión en el ámbito constitucional chileno.

### a) El conflicto chileno-mapuche

Desde hace varios años ya el pueblo mapuche viene desarrollando una serie de movilizaciones destinadas a reivindicar sus derechos, mostrando su descontento con la forma en que el Estado chileno se relaciona con ellos (particularmente por medio de las políticas públicas). Esas movilizaciones han venido adquiriendo distintas formas, desde huelgas de hambre a formas más radicales de protesta, como la quema de campos (fundos) y de maquinaria destinada a la construcción de proyectos hidroeléctricos en sectores de tierras ancestrales. Una parte

---

<sup>97</sup> Las notas de prensa y decisiones judiciales que analizamos más abajo para el caso chileno, sugieren que las referencias a las libertades de expresión y reunión son sólo nominales en nuestro país, mientras que todo análisis de las movilizaciones comienza y termina con el orden público.

<sup>98</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90) p. 136.

importante de estas manifestaciones ha concluido con mapuches juzgados en tribunales criminales, en procedimientos que han incluido “testigos sin rostro”, y con la aplicación –justificada desde el Estado– de la ley antiterrorismo y de seguridad interior del Estado<sup>99</sup>.

#### b) Las movilizaciones estudiantiles

A mediados de 2006 Chile vivió uno de los movimientos sociales más importantes desde la vuelta a la democracia. Miles de estudiantes secundarios salieron a las calles a manifestar su descontento y preocupación por el estado de la educación en Chile. A pesar de que en un primer momento las autoridades chilenas dijeron que “en democracia no se dialoga pateando las mesas”, las movilizaciones terminaron con la renuncia del ministro de Educación y con la Presidenta dirigiendo un discurso a todo el país, anunciando varias reformas al sistema educativo chileno.

Un segundo intento de movilizaciones, por medio de las cuales los estudiantes intentaban mostrar su descontento por la lentitud en el trabajo de la comisión designada por la Presidenta, terminó con el desalojo forzado de los estudiantes que habían tomado establecimientos educacionales, y con varios de ellos siendo expulsados de sus escuelas bajo el pretexto de infringir los reglamentos de los respectivos establecimientos<sup>100</sup>. Al cierre de la edición de este informe las movilizaciones estudiantiles se habían retomado con fuerza, en el contexto de reclamos por el envío del proyecto sobre la LGE al Congreso Nacional. La respuesta estatal ha estado marcada por desalojos de establecimientos y prácticas policiales abusivas.

#### c) Marchas sindicales, protesta social

Durante 2006 y 2007 –y desde mucho antes– se han producido varios movimientos de protesta social que han incluido trabajadores privados y del sector público. Además de esas movilizaciones, existen varias otras marchas que se desarrollan con regularidad en el

---

<sup>99</sup> De estos hechos hemos venido dado cuenta en las versiones anteriores del *Informe...* y la misma es objeto de análisis en el capítulo de este *Informe...* relativo a derechos de los pueblos indígenas. Un importante análisis del tratamiento jurídico que han recibido los pueblos indígenas, en especial tomando en cuenta la aplicación de legislación antiterrorista, se encuentra en un informe elaborado por Human Rights Watch, junto con el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2004/chile1004/>, visitada el 2 de mayo de 2008.

<sup>100</sup> Según se detalla en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 4), pp. 76-78.

país. Tal es el caso de las marchas anuales los días 11 de septiembre, fecha en la que se recuerda el golpe de Estado de las FF.AA. y de Orden y Seguridad de Chile. Esas marchas, la más de las veces, concluyen con serios disturbios, protestas y detenciones, antecedentes que han llevado a las autoridades chilenas a restringir el derecho a manifestarse públicamente. Esta preocupación de las autoridades no es del todo injustificada. Durante las últimas manifestaciones de trabajadores públicos de CODELCO, la minera pública más importante del país, se produjeron varios destrozos a la propiedad pública y privada. En las manifestaciones del 11 de septiembre de 2007, por su parte, un carabinero resultó muerto en las protestas más radicales en sectores de la periferia de Santiago.

*2.1. La regulación de la movilización social en Chile: marco constitucional y legal de la libertad de expresión y el derecho de reunión*

Un primer aspecto que debe tomarse en cuenta es el nivel de reconocimiento que las libertades fundamentales de expresión y de reunión poseen en las cartas constitucionales. Se trata, con todo, de un aspecto muy preliminar, pues no basta simplemente con reconocer estas libertades fundamentales. Es preciso, además, que ese reconocimiento vaya de la mano con una práctica vigorosa de defensa en frente de restricciones innecesarias<sup>101</sup>. La Constitución chilena reconoce tanto la libertad de expresión como la libertad de reunión, en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas:

Artículo 19 N° 12: La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...).

Artículo 19 N° 13: El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

---

<sup>101</sup> Así, por ejemplo, el informe de Chile al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hace vagas referencias al reconocimiento constitucional de estas libertades, sin especificar, por ejemplo, el tratamiento jurisprudencial que han recibido ni, mucho menos—salvo, de nuevo, vagas consideraciones— a los criterios que utilizan las intendencias regionales al momento de revisar las solicitudes de autorización. Véase HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Consideration of reports submitted by status parties under article 40 of the covenant, CCPR/C/CHL/5*, 7 de febrero de 2006, párrafos 258 y ss., en [www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/dosc/AdvanceDocs/CCPR.C.CHL.CO.5.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/dosc/AdvanceDocs/CCPR.C.CHL.CO.5.pdf), visitada el 1 de junio de 2008.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.

En términos generales, las movilizaciones sociales se encuentran protegidas por las disposiciones constitucionales recién transcritas. Esto no quiere decir, como veremos enseguida, que no exista regulación de las manifestaciones. Ello resulta claro cuando se presta atención al inciso segundo del artículo 19 N° 13 de la Constitución. Este inciso es relevante no sólo porque en él se reconoce la validez de las regulaciones reglamentarias. Es importante, también, porque ese reconocimiento presenta una inconsistencia dentro de la lógica interna de la Carta Fundamental chilena, que, en su artículo 19 N° 26, contiene una garantía respecto a la regulación de la cual serán objeto los derechos fundamentales. Dispone, así, que la Constitución asegure a todas las personas:

“[l]a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta disposición establece la inviolabilidad del *contenido esencial* de los derechos fundamentales por medio de una reserva legal a favor de tales derechos<sup>102</sup>. Esto quiere decir que los derechos fundamentales pueden regularse en sus aspectos esenciales únicamente por medio de una ley. En el caso del derecho de reunión, que adquiere especial relevancia cuando hablamos de movilizaciones sociales, esa reserva es relativizada por la propia Constitución al permitir que éste sea regulado y sujeto a “las disposiciones generales de policía”. Este aspecto de la regulación del derecho de reunión, criticado por parte importante de la doctrina nacional<sup>103</sup>, fue mencionado por el Estado chileno al momento de evacuar su informe al Comité de Derechos

---

<sup>102</sup> Además, según se desprende de su sola lectura, establece la prohibición para que esas regulaciones –aunque legales– infrinjan su contenido esencial.

<sup>103</sup> Dan cuenta de este debate José CEA, *Derecho Constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, tomo II, pp. 397-398; Mario VERDUGO *et al.*, *Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, tomo I, pp. 327-328.

Humanos de Naciones Unidas sin referencia alguna a la reserva legal que debería operar como garantía para la regulación de los derechos<sup>104</sup>. En la práctica esto se traduce en que, cada vez que un grupo de personas pretenda realizar una manifestación en calles, plazas y demás lugares de uso público, deberá solicitar los permisos correspondientes y, en el desarrollo de la misma, sujetarse a los reglamentos de policía. En este sentido, es importante destacar la amplitud con la que se ha entendido la expresión “lugares de uso público”<sup>105</sup>, la que comprende cualquier lugar que se encuentre abierto “al uso irrestricto de la población y sin discriminación para el acceso a ellos,” sea de propiedad pública o privada<sup>106</sup>, lo que relativiza fuertemente el amparo que supuestamente reciben las reuniones privadas<sup>107</sup>.

Como veremos enseguida al analizar las respuestas de la administración y de los tribunales de justicia a los episodios de movilización social, la evaluación de la protesta en Chile no puede descansar en la sola lectura de los preceptos constitucionales que reconocen las libertades y derechos en que se funda, sino que debe extenderse a su práctica administrativa y judicial.

## *2.2. La administración del Estado frente a la protesta*

La respuesta de la administración del Estado frente a la protesta puede analizarse desde una doble perspectiva. Primero, en su papel de agente a cargo a autorizar, prohibir y regular las movilizaciones en lugares de uso público. Y, segundo, desde el punto de vista de sus reacciones antes movilizaciones sociales. Ambos aspectos se analizan a continuación.

---

<sup>104</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE (n. 101), párrafos 258-261.

<sup>105</sup> Y así lo ha hecho notar el Estado chileno, amparado por la ‘jurisprudencia’ de los tribunales nacionales. En efecto, el Estado chileno entiende que la expresión “lugares de uso público” se refiere a bienes nacionales de uso público, como caminos, calles, plazas y puentes, pero no a los establecimientos públicos como son las posadas, fondas, hoteles y teatros, que son bienes pertenecientes a particulares”, *op. cit.*, párrafo 259.

<sup>106</sup> CEA (n. 103), p. 396.

<sup>107</sup> En el Derecho Comparado se ha avanzado la idea que el Estado, aun cuando regule reuniones y movilizaciones en bienes de uso público, no puede comportarse como un propietario privado. En ese sentido, entonces, debe considerar el interés de la comunidad en ocupar esos espacios y en hacer uso de ellos con fines “expresivos”. BARENDT (n. 89).

a) Las autorizaciones para la realización de marchas, manifestaciones y encuentros: ejerciendo los derechos

Como para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA las protestas públicas constituyen ejercicio de libertades reconocidas por la CADH, ésta mira con seria desconfianza las limitaciones que se imponen a la realización de manifestaciones públicas, por una parte, y a la criminalización que se sigue sobre quienes toman parte de ellas, por otra. En el caso de Chile, si bien la Constitución consagra “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo”, en la práctica, las autorizaciones se transforman, justamente, en un permiso. Cuando las manifestaciones no se encuentran autorizadas, Carabineros de Chile tiene orden de disolverlas.

El principal instrumento en cuestión, y que ha despertado las primeras voces de alerta<sup>108</sup>, lo constituye el D.S. N° 1.086, de 1983<sup>109</sup>. En él se regulan las condiciones que deben respetar las personas que deseen movilizarse. En virtud de ese decreto, las personas que planifiquen realizar manifestaciones públicas en “lugares de uso público” deben presentar un formulario a la Intendencia Regional respectiva en el que se debe individualizar un responsable<sup>110</sup>; especificar el recorrido que la marcha pretende realizar; cuál es el objetivo de la movilización; quiénes harán uso de la palabra; el lugar en el cual la marcha acabará y el número aproximado de asistentes<sup>111</sup>. Pese a que la Constitución asegura el derecho a reunirse pacíficamente y sin permiso previo, en los hechos este formulario no es otra cosa que una *autorización* que se solicita a los gobiernos regionales<sup>112</sup>. Sobre esa solicitud la Intendencia tiene varias posibilidades: puede, primero, rechazarla. Puede, también, aprobarla tal cual como se presentó. Y puede, finalmente, aprobarla, pero fijando calles y lugares distintas para su desarrollo<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Tema no menor si se considera que dicho decreto fue promulgado por Augusto Pinochet. “Se abre debate político por el derecho a manifestaciones públicas y sus límites”, en *La Nación*, Santiago, 10 de septiembre de 2007.

<sup>109</sup> *Diario Oficial*, Santiago, 16 de septiembre de 1983.

<sup>110</sup> A efectos de “perseguir la responsabilidad civil ante eventuales daños a bienes públicos o de terceros”. HUMAN RIGHTS COMMITTEE (n. 101), párrafo 260.

<sup>111</sup> El formulario se encuentra en [www.gobiernosantiago.cl/medios/OIRS/FORMULARIO\\_ACTOS\\_PUBLICOS.pdf](http://www.gobiernosantiago.cl/medios/OIRS/FORMULARIO_ACTOS_PUBLICOS.pdf). Visitado el 8 de marzo de 2008.

<sup>112</sup> El Estado chileno, informando al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala que: “[c]on el fin de no coartar el derecho a reunión, las autoridades suelen proponer, en estos casos, la realización de la reunión en otro lugar, con otro recorrido u otras modalidades”. HUMAN RIGHTS COMMITTEE (n. 101), párrafo 260.

<sup>113</sup> Artículo 2° D.L. 1.086 (n. 109).

La Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA ha señalado que: “la exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión”. En este mismo sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al sostener que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho de reunión)<sup>114</sup>.

Ahora bien, que las manifestaciones puedan ser objeto de regulación no significa que no debemos prestar atención a los antecedentes que se exige presentar. En este sentido, por ejemplo, llama la atención el hecho de que sea necesario individualizar a los oradores de la movilización y el objetivo de la misma, pues, tal y como lo ha establecido la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA:

“la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en un permiso previo, significa, además, que el agente encargado de decidir esas autorizaciones no goce facultades ilimitadamente discrecionales”<sup>115</sup>.

En este sentido, el mismo Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido las pautas conforme a las cuales debe evaluarse si acaso las restricciones son legítimas, o no. Para que las restricciones a los derechos consagrados en la CADH sean legítimas, éstas deben ser “proporcionada[s] al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”<sup>116</sup>. Lo anterior supone que la restricción debe ser

- i) *conducente*, es decir, que permita alcanzar el fin que persigue;
- ii) *proporcional*, lo que significa que la medida de restricción debe ser “estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido” y
- iii) *necesaria*, esto es que no existe otra alternativa –más que la restricción del derecho– para alcanzar el objetivo legítimo<sup>117</sup>.

En Chile, sin embargo, carecemos de criterios públicos que nos permitan identificar las razones sobre las cuales las autoridades pro-

<sup>114</sup> Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

<sup>115</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), p. 151.

<sup>116</sup> Cecilia MEDINA y Claudio NASH, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2007 p. 35.

<sup>117</sup> MEDINA y NASH (n. 116).



híben o regulan las manifestaciones. El investigador del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, Rodrigo Cordeiro, solicitó información a la Intendencia de Santiago relativa a las solicitudes de movilización presentadas ante ella. La Intendencia nunca respondió sus solicitudes<sup>118</sup>, razón por la cual la demandó por la vulneración de su derecho de acceso a la información pública<sup>119</sup>. Lo mismos autores de este informe, además –siguiendo las instrucciones entregadas por una secretaria de la Intendencia– solicitaron al jefe de gabinete del Intendente, vía correo electrónico, una entrevista con la finalidad de aclarar las razones sobre cuya base la Intendencia de Santiago resuelve las solicitudes de permiso, que nunca fueron respondidas<sup>120</sup>.

La revisión de las notas de prensa parece indicar que tanto la Intendencia de Santiago como el gobierno nacional normalmente recurren a vagas referencias al orden público con el objetivo de justificar la prohibición de manifestaciones, o la represión de las que son finalmente autorizadas. Uno de los casos que mejor ilustra esta situación lo constituyó la prohibición para marchar frente a La Moneda en las conmemoraciones del 11 de septiembre de 2007. El Partido Comunista deseaba pasar frente a La Moneda, específicamente frente a la puerta ubicada en calle Morandé 80<sup>121</sup>. La razón para impedir el paso de la marcha era el atentado ocurrido exactamente un año atrás: el 11 de septiembre de 2006. Entonces, un encapuchado lanzó una bomba molotov a la entrada de calle Morandé 80, cuyo fuego causó leves daños y un inicio de incendio que fue rápidamente controlado. Ese acto, sin embargo, se constituyó en la razón principal para no autori-

---

<sup>118</sup> Cartas enviadas con fechas 6 de marzo y 13 de diciembre, de 2007, y 29 de enero de 2008.

<sup>119</sup> Esa demanda es patrocinada por la Clínica de Derechos Humanos e Interés Público, de la Universidad Diego Portales, rol N° 11.882-2007, 6° Juzgado Civil de Santiago. Al momento del cierre de la edición de este informe la demanda había sido notificada a la Intendencia. En respuesta a la misma, la Intendencia de Santiago se comunicó con los abogados de la Clínica de Derechos Humanos, ofreciendo colocar a disposición de los demandantes la información solicitada. A la fecha de cierre de la presente edición del informe el acuerdo había funcionado correctamente.

<sup>120</sup> Los correos electrónicos fueron enviados al jefe de gabinete del Intendente, Jorge Ortiz, los días 11 de marzo y 6 de mayo de 2008.

<sup>121</sup> La puerta ubicada en la calle Morandé 80 fue el lugar por donde se retiraron los restos mortales del presidente Salvador Allende, luego del golpe de Estado de 1973. La puerta, que desde entonces permanecía cerrada, fue reabierto por el presidente Ricardo Lagos en el año 2003, en <http://www.presidencia.cl/view/viewTourVirtualTexto.asp?idSalon=2>, visitada el 2 de julio de 2008.

zar nuevas marchas frente a La Moneda. La entonces intendenta de Santiago, Adriana Delpiano, indicó que:

“la marcha se va a autorizar pero con un recorrido que no permita como el año pasado que grupos muchas veces ajenos a los convocantes, pero que finalmente nos hacen un daño como país, tiraron (sic) una bomba molotov que casi revivió la idea y la imagen de incendio en La Moneda”<sup>122</sup>.

La prohibición generó respuestas inmediatas en las organizaciones convocantes que llamaron a marchar “con o sin permiso”<sup>123</sup>. Más radical aún fue el entonces ministro del Interior, Belisario Velasco, quien sencillamente indicó que: “[e]llos [el Partido Comunista] perdieron (el derecho a pasar por Morandé), porque los resultados están a la vista: la molotov salió en todos los medios del mundo”<sup>124</sup>.

Mientras la propia Constitución dispone que las regulaciones a los derechos fundamentales debe hacerse por medio de ley, encontrarse justificadas en el contexto de una democracia, el gobierno estimó que podía, por medio de una declaración pública, negar el derecho de reunión y participación de un grupo de ciudadanos. Una posición más extrema sostuvo el diputado Ivan Moreira (UDI) para quien “estas no son celebraciones, estos son actos de verdadero terrorismo, de verdadera anarquía en nuestro país (...)”<sup>125</sup>.

En este sentido, es útil recordar que la misma Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha señalado que: “[l]as limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inmanentes, no bastando un peligro eventual”<sup>126</sup>. Como señaláramos antes, las restricciones deben ser proporcionales, lo que en este caso se traduce en la obligación que posee el Estado de considerar todas las alternativas posibles confirme

<sup>122</sup> “Marcha por el ‘11’ no podrá ingresar a Morandé”, en *La Nación*, Santiago, 7 de septiembre de 2007; “Intendenta reiteró que Morandé estará cerrado para marcha por el ‘11’”, en *La Nación*, Santiago, 8 de septiembre de 2007 (“Los organizadores solicitaron un recorrido para poder llegar hasta el cementerio (...) nosotros autorizamos la marcha con todo el recorrido que ellos habían señalado, menos el paso por Morandé dado lo que pasó el año pasado”).

<sup>123</sup> “Organizadores marcharán ‘con o sin permiso’ por Morandé”, en *La Nación*, Santiago, 8 de septiembre de 2007.

<sup>124</sup> “Críticas oficialistas a prohibición de marchar por La Moneda molestan a las autoridades”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de septiembre de 2007.

<sup>125</sup> “Organizadores marcharán...” (n. 123).

<sup>126</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), p. 151.

a las cuales pueda alcanzarse el objetivo legítimo (mantención del orden público)<sup>127</sup>. Sólo si se carece de alternativas debe recurrirse a la restricción del derecho<sup>128</sup>. Cuando se equiparan movilizaciones con disturbios se va proyectando sobre las mismas una imagen que contribuye a considerarlas como indeseables, en circunstancias que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

“[n]o se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se (...) un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.)”<sup>129</sup>.

De ahí la importancia de contar con criterios públicos donde se justifique que, de todas las medidas conforme a las cuales podría alcanzarse el objetivo, la restricción es la única disponible<sup>130</sup>.

El Partido Comunista intentó cuestionar esta prohibición ante los tribunales de justicia, interponiendo un recurso de protección en contra del ministro del Interior<sup>131</sup>, reclamando la vulneración de la libertad de expresión y del derecho a reunirse sin permiso previo. La Corte Suprema de Chile, sin embargo, señaló que Belisario Velasco, en tanto ministro del Interior, sólo podría haber entregado lineamientos generales, pero que no podría prohibir las marchas, facultad reservada para la Intendencia. Por lo mismo, el recurso debió haberse interpuesto en contra de la Intendencia. No fue lo único que señaló la Corte. Entre líneas, justificó las referencias generales al orden público y a los disturbios pasados invocados por Belisario Velasco:

“Que si bien se recurre en contra de un Acto Administrativo que ha efectivamente ocurrido, siendo comunicado a todos

<sup>127</sup> MEDINA y NASH (n. 116).

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90) pp. 150-151.

<sup>130</sup> *Op. cit.*, p. 135 (citando al Comité de Derechos Humanos que ha señalado que esas restricciones “debe[n] responder a una rigurosa justificación”).

<sup>131</sup> Decimos judicialmente, pues, en los hechos, varios grupos de personas decidieron desobedecer la orden para intentar marchar frente a La Moneda, terminando varios de ellos y ellas detenidos en medio de disturbios. “Dirigentes Mireya García y Viviana Díaz entre detenidos”, en *La Nación*, Santiago, 10 de septiembre de 2007.

(sic) el país relativo a la prohibición de realizar marchas en las cercanías del Palacio de La Moneda, acto que, a juicio de estos sentenciadores, no conlleva una prohibición del derecho de reunión, el cual sólo se vería afectado en el hecho hipotético de no autorizársele en lo futuro, bajo fundamento alguno” (considerando 4<sup>o</sup>)<sup>132</sup>.

Como se señaló antes, la Intendencia puede, asimismo, autorizar las movilizaciones fijando rutas distintas para su realización. Este tipo de prácticas deben ser también observadas con especial atención. No es poco común que tras una aparente regulación del “lugar” en que deben desarrollarse las manifestaciones se encuentre la intención de impedir que esas manifestación logre alcanzar los fines específicos por los cuales se realiza, desplazando a los manifestantes hacia zonas donde sus reclamos sean poco percibidos, cuestión crucial cuando el objetivo de las manifestaciones sea criticar al gobierno de turno<sup>133</sup>. Por lo mismo, debe evaluarse si acaso las regulaciones son utilizadas para censurar los alcances de los reclamos de los grupos que solicitan el permiso para movilizarse<sup>134</sup>.

En el caso de la marcha convocada hacia fines de agosto de 2007 por la CUT, por ejemplo, la Intendencia negó permisos para que los manifestantes se desplazaran por la Alameda, principal avenida de la capital. La Intendencia se basaba una vez más en disturbios pasados. Felipe Harboe, subsecretario del Interior, señaló que: “uno observa mucha locuacidad por parte de los dirigentes sindicales a la hora de convocar, pero a la hora de responder por los daños, la verdad es que no se les ve con la misma locuacidad”<sup>135</sup>. La CUT hizo caso omiso al trazado propuesto por la Intendencia<sup>136</sup>.

De acuerdo con los estándares del Derecho Internacional, no basta con referencias generales a la idea de orden público para in-

<sup>132</sup> CORTE SUPREMA, rol N° 5127-2006, 9 de noviembre de 2006.

<sup>133</sup> En efecto, si uno presta atención a la política comunicacional del gobierno, puede darse cuenta que prefiere escapar a las críticas públicas que surgen de actos propios de manifestación popular. “La Moneda toma resguardo para acto de primer aniversario”, en *La Tercera*, Santiago, 3 de marzo de 2007; “La Moneda afina plan para evitar críticas por Transantiago en actos de Bachelet”, en *La Tercera*, Santiago, 26 de febrero de 2007.

<sup>134</sup> Una aplicación selectiva de las regulaciones puede afectar la constitucionalidad y legalidad de las mismas. BARENDT (n. 89), pp. 279-281.

<sup>135</sup> “Paro: aseguran buses y niegan marcha en Alameda”, en *La Nación*, Santiago, 27 de agosto de 2007.

<sup>136</sup> “Intendencia reitera que CUT rechazó trazado de marcha”, en *La Nación*, Santiago, 28 de agosto de 2007.

tentar justificar una restricción. Es preciso que se entreguen razones suficientes que nos permitan comprender cómo es que ese “orden público” podría llegar a afectarse. Y, aun cuando fuera cierta esa afectación, ello no elimina la necesidad de balancear los derechos en juego<sup>137</sup>. En concreto, la restricción es legítima en tanto responde a una necesidad social imperiosa, lo que significa que “debe estar orientada a ‘satisfacer un interés público imperativo’”<sup>138</sup>. Como señalamos antes, hasta cierto punto es inevitable que las movilizaciones sociales puedan llegar a afectar el orden público. Pero bajo la excusa de la defensa de ese orden no puede adoptarse *cualquier* límite al ejercicio de derechos fundamentales<sup>139</sup>.

#### b) El discurso de la administración frente a la protesta

Lo que se analiza a continuación es la respuesta comunicacional de la administración, esto es, la forma en que públicamente aparece refiriéndose a las protestas. Y ello porque es común que funcionarios del Estado se opongan tenazmente a estas formas de manifestación.

---

<sup>137</sup> GARGARELLA (n. 93), p. 44. Acá se producen dos fenómenos que deben considerarse con bastante cuidado. De una parte, ese “orden público” que las autoridades utilizan para restringir las movilizaciones posee, en el caso de los grupos marginalizados de la sociedad, un doble efecto discriminador. Primero, sus movilizaciones son prohibidas. Segundo, el concepto de “orden público” que se utiliza para restringir sus movilizaciones es justamente la razón que lleva a esos grupos a manifestarse. A fin de cuentas esos grupos no han podido tomar parte en el debate colectivo que se supone debe ir moldeando la forma en que comprendemos ese “orden”. De otra parte, debe prestarse especial atención a la forma en que los tribunales de justicia utilizan esas mismas referencias a conceptos jurídicos indeterminados como “orden público”, “moral” o “buenas costumbres”. En la mayoría de los casos solo nos encontramos con referencias vagas a esas nociones sin que pueda lograr comprenderse cómo es que se las afecta. Ello es particularmente preocupante en el caso chileno donde, primero, nuestros tribunales han mostrado escaso interés por justificar debidamente sus decisiones y, segundo, porque la misma experiencia en materia de libertad de expresión nos muestra que nuestras cortes establecieron lo que se denominó una “conexión automática” al momento de utilizar disposiciones de la Ley de Seguridad Interior del Estado; es decir, se consideraba que la sola injuria dirigida en contra de alguna autoridad pública afectaba el orden público, sin especificar cómo es que en los hechos se lesionaba ese interés. En este mismo error vuelven a incurrir nuestras autoridades, veremos, al negar permisos o al establecer regulaciones demasiado restrictivas. Sobre la idea de “conexión automática” véase, Felipe GONZÁLEZ M., “Leyes de desacato y libertad de expresión”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 10 Igualdad, libertad de expresión e interés Público, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000, en especial pp. 228-230.

<sup>138</sup> MEDINA Y NASH (n. 116), p. 34.

<sup>139</sup> Lo que, de todas formas, depende estrechamente de la amplitud con la cual lo definamos.

Así, por ejemplo, cuando los estudiantes secundarios comenzaron sus movilizaciones –que incluían tomas de establecimientos educacionales– la presidenta Bachelet comenzó minimizando las mismas, para luego señalar que “el Gobierno no va a aceptar ninguna clase de presiones” y que no se podía dialogar mientras se “pateaban las mesas”<sup>140</sup>. En el caso de las movilizaciones de trabajadores contratistas de CODELCO, el subsecretario del Interior señaló, a propósito de la quema de algunos buses de transporte, que: “[n]o hay impunidad para este tipo de casos (...) esta es una sociedad que se debe desarrollar sobre la base del diálogo y el entendimiento. Aquí no hay cabida para la violencia”<sup>141</sup>. La Presidenta, por su parte, insistía en exigir:

“[d]e los trabajadores (...) que sus reivindicaciones se correspondan con las condiciones salariales del resto de los chilenos y que haya una explícita renuncia a formas de violencia y presión ilegítima”<sup>142</sup>.

Si bien es cierto que hay actos de violencia que el Estado tiene legítimo interés en castigar, también es cierto que los sectores que se movilizan por medio de protestas suelen carecer, al mismo tiempo, de espacios para tomar parte del diálogo al que se los invita. Lo que interesa recalcar acá, además, es que la protesta se deslegitima aun cuando no existen actos de violencia, cuestión que aparece claramente marcada en las palabras de la presidenta Bachelet en medio del conflicto laboral en la minera CODELCO. Ahí, la Presidenta criticó en varias oportunidades a los manifestantes llamándolos a ser responsables en sus demandas–con claras intenciones de hacerles ver que sus reclamos en materia de salarios no se condecían con los de los demás chilenos<sup>143</sup>.

La deslegitimación de la protesta desde el Estado trae de la mano dos consecuencias inmediatas. La primera es que –como acabamos

---

<sup>140</sup> “Michelle Bachelet: ‘Reforma a la Educación va con paro o sin paro’”, en *El Mostrador*, Santiago, 3 de junio de 2006.

<sup>141</sup> “Aprehenden a trabajador contratista de CODELCO acusado de quemar buses”, en *El Mostrador*, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=224588](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=224588), visitada el 2 de agosto de 2007.

<sup>142</sup> “Bachelet pide ‘responsabilidad’ a trabajadores en huelga y a CODELCO”, en *El Mostrador*, 26 de julio de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?idnoticia=223667](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?idnoticia=223667), visitada el 26 de julio de 2007.

<sup>143</sup> “Bachelet pide ‘sabiduría’ para resolver conflicto”, en *La Nación*, Santiago, 27 de julio de 2007.

de mostrar— la duda que se lanza sobre la legitimidad de las movilizaciones alcanza a las demandas de fondo, que corren el riesgo de caer junto con el instrumento que se utiliza (la protesta) para manifestar su relevancia. La segunda, es que destacando sólo el carácter violento de las movilizaciones, se crea una clase de “estado de pánico”<sup>144</sup>. El diario *El Mercurio*, por ejemplo, se refiere al “nuevo sindicalismo duro” y el ex director del Trabajo, Álvaro Pizarro, asocia la conflictividad laboral al escenario creado por la nueva legislación laboral<sup>145</sup>. El ministro de Hacienda, Andrés Velasco, ha señalado que las demandas laborales deben canalizarse por medio de las instancias legales contempladas en la legislación del trabajo y que el Estado chileno “hará cumplir la ley como corresponde, porque ciertamente la violencia no es el método para buscar reivindicaciones de ningún tipo”<sup>146</sup>. Los dichos del ministro de Hacienda no parecieran graves en sí mismos, salvo por el detalle de que tal cumplimiento del estado de derecho se ha traducido en amenazas del uso de la justicia militar<sup>147</sup> y de la Ley de Seguridad Interior del Estado<sup>148</sup>, utilización de la legislación anti-terrorista en contra del pueblo mapuche<sup>149</sup>, presiones a los tribunales de justicia para aplicar sanciones más duras<sup>150</sup>, quejas por las bajas sanciones aplicadas<sup>151</sup>, endurecimiento de las penas<sup>152</sup>, designación

<sup>144</sup> “CUT: Gobierno y privados crean ‘estado de pánico’”, en *La Nación*, Santiago, 28 de agosto de 2008. Cabe destacar que ese mismo “estado de pánico” sirve luego a la Intendencia para prohibir manifestaciones o imponerles condiciones desproporcionadas.

<sup>145</sup> “Nueva era de sindicalismo duro”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de julio de 2007.

<sup>146</sup> “El Gobierno asegura que hará respetar el Estado de Derecho y velará por el clima de paz social”, en *El Mercurio*, Santiago, 23 de agosto de 2007.

<sup>147</sup> Como se conoce, el Estado chileno ha sido condenado por la Corte IDH por mantener una justicia militar en contravención a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La incompatibilidad de la justicia militar chilena con los estándares internacionales de derechos humanos es analizada en detalle en el capítulo sobre justicia militar de este mismo *Informe...* Véase, además, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 56), pp. 215-225.

<sup>148</sup> “Gobierno buscará pena de cadena perpetua calificada para el asesino del carabenero”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de septiembre de 2007.

<sup>149</sup> Como se ha documentado en los *Informes anuales...*

<sup>150</sup> “Polémica por las bajas penas que arriesgan formalizados por los disturbios del ‘11’”, en *El Mercurio*, Santiago, 16 de septiembre de 2007.

<sup>151</sup> “Los tribunales no requieren indicaciones de otras autoridades”, en *El Mercurio*, Santiago, 14 de septiembre de 2007.

<sup>152</sup> Tal fue el caso de las recientes modificaciones legales incluidas en la “agenda corta antidelincuencia”, en las que se señala que se podrá realizar control de identidad a todas las personas que “se encapuche[n] o emboce[n] para ocultar, dificultar o disimular su identidad”. Ley N° 20.253, *Diario Oficial*, Santiago, 14 de marzo de 2008.

de fiscales especiales antidisturbios en fechas especiales<sup>153</sup> y la configuración de planes de seguridad antiprotestas cuyo principal objetivo es el de “evitar críticas” en contra de la Presidenta<sup>154</sup>.

Desde el empresariado también se ha alzado la voz. Alfredo Ovalle, presidente de la Confederación de Producción y Comercio, exigió al gobierno, a propósito de un paro de trabajadores de la firma Agrosuper, “mano dura con las huelgas obreras”<sup>155</sup>. En efecto, insistió en que lo empresarios estaban abiertos al diálogo, pero que si “hay violencia, la autoridad tiene que intervenir”<sup>156</sup>. Los mismos medios, sin embargo, dan cuenta de prácticas antisindicales<sup>157</sup>, incumplimiento de la legislación laboral<sup>158</sup> y despidos como medidas de represalia en contra de trabajadores que han tomado parte en movilizaciones y huelgas<sup>159</sup>.

### 2.3. La protesta social en los tribunales de justicia

El Poder Judicial también interviene en materia de movilizaciones sociales. Los casos más relevantes a este respecto son aquéllos que llegaron a las cortes una vez terminadas las movilizaciones de los estudiantes secundarios<sup>160</sup>. Varias de esas manifestaciones iban de la mano con paros en, y tomas de, los establecimientos educacionales. Concluidas las movilizaciones varios de los estudiantes que participaron en ellas fueron sancionados de diversas formas, siendo las más comunes la cancelación de matrículas y la expulsión inmediata. Cabe destacar, con todo, que en pocas ocasiones los recurrentes hicieron

---

<sup>153</sup> “Designan fiscal especial ante posibles desórdenes”, en *El Mercurio*, Santiago, 21 de mayo de 2007; “Gobierno activa amplio plan antidisturbios”, en *El Mercurio*, Santiago, 29 de marzo de 2007; “Fiscales antidisturbios para actos del ‘29’”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de marzo de 2007.

<sup>154</sup> “La Moneda toma resguardos...” y “La Moneda afina plan...” (n. 123).

<sup>155</sup> “Súper agrario”, en *La Nación*, Santiago, 26 de agosto de 2007.

<sup>156</sup> “Caso Agrosuper aumenta clima de agitación”, en *El Mercurio*, Santiago, 23 de agosto de 2007.

<sup>157</sup> “31 empresas son condenadas por prácticas antisindicales”, en *La Nación*, Santiago, 1 de septiembre de 2007.

<sup>158</sup> En especial las normas sobre subcontratación, principal razón detrás de las movilizaciones en CODELCO. “Contratistas de CODELCO anuncian nuevas protestas”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de agosto de 2007.

<sup>159</sup> “Forestales inician movilizaciones por despidos”, en *La Nación*, Santiago, 1 de septiembre de 2007. Un mayor detalle de estas prácticas en el capítulo La huelga como derecho fundamental, en este mismo *Informe...*

<sup>160</sup> Que en momentos en que se terminaba la edición del presente capítulo comenzaban a retomarse con mayor frecuencia.



mención a la libertad de expresión como el derecho que justifica la realización de movilizaciones y protestas.

En el caso del recurso de protección presentado en contra del colegio Carolina Llona de Cuevas<sup>161</sup>, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción. Para ello consideró el carácter pacífico de las protestas y el “contexto social” en el que se desarrollaron las manifestaciones<sup>162</sup>. Sostuvo que las sanciones eran inconstitucionales, pues se imponían sobre estudiantes a modo de reproche por haber participado “en un legítimo acto de protesta, no violento y que, por lo tanto, no ameritaban dicha reacción o al menos, no en la intensidad en que ésta se produjo”<sup>163</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema revocó la decisión argumentando que:

“no puede sino concluirse que los hechos antes descritos constituyen actividades reñidas con la conducta que debe observar un alumno dentro de un establecimiento educacional y que son contrarias al Reglamento de Convivencia Escolar que los rige”<sup>164</sup>.

Reprochó a los estudiantes el hecho de constituir sólo un sector minoritario dentro del establecimiento e invocando causales genéricas del Reglamento de Convivencia Escolar, declaró que los derechos de los estudiantes no habían sido violados.

En una serie de recursos presentados en contra del liceo José Victorino Lastarria la Corte de Apelaciones de Santiago volvió a acoger los reclamos de los estudiantes<sup>165</sup>. Citando la Convención sobre De-

<sup>161</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 5.717-2006, 12 de diciembre de 2006.

<sup>162</sup> “[R]esulta obvio que dicho movimiento fue motivado por aspiraciones propias de estudiantes jóvenes, que ven con preocupación no solamente su futuro, sino que su actual realidad académica, que deriva de un sistema educacional que, como es público y notorio, se encuentra fuertemente cuestionado y es objeto de estudios para modificarlo” (considerando 5°). Especialmente relevante resulta el considerando 8°, donde se señaló “[q]ue resulta pertinente recordar 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 parangonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y particularmente, del área sindical, que están legalmente reconocidos”, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (n. 161)

<sup>163</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (n. 161), considerando 5°.

<sup>164</sup> CORTE SUPREMA, rol N° 37-2007, 30 de enero de 2007.

<sup>165</sup> Se trataba de seis recursos de protección que involucraban a cuarenta y seis estudiantes. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 5.589-2006, 19 de enero de 2007. Uno de los recursos fue patrocinado por la Clínica de Derechos Humanos e Interés Público de la Universidad Diego Portales.

rechos del Niño, la Corte sostuvo que el liceo recurrido había afectado los derechos de los estudiantes, a la propiedad, a la igualdad y a un debido proceso. El voto concurrente del ministro Carlos Cerda incorporó referencias a la libertad de expresión y al contexto social en que se desarrollaron las movilizaciones<sup>166</sup>. Esta vez la Corte Suprema confirmó la decisión, pero sólo haciendo referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que se habría visto afectado al aplicarse sanciones sólo a quienes aparecían sindicados como dirigentes del movimiento.

En otro recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el reclamo presentado en contra del colegio “Benjamín Vicuña Mackenna”. Según la Corte de Apelaciones los estudiantes no se encontraban realizando ejercicio legítimo de derecho alguno —una de las condiciones que exige la acción de protección para prosperar— y se trataba

---

<sup>166</sup> “Claro está que, llegado el momento, una situación coyuntural dada, por ejemplo en el ámbito del interés nacional, puede internalizarse en el escolar, de tal manera que lo lleve a comprometerse, al punto que le parezca éticamente adecuado y hasta imperioso, asumir comportamientos que, es su perspectiva, puedan resultar opuestos a los deberes disciplinarios que anteriormente se pretendió dejar explicados”. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (n. 165), considerando 4°.

“Parece al autor de esta prevención que es ésta la manera correcta de poner en el sitio que corresponde a la libre manifestación de ideas que garantiza el apartado 12° del consabido artículo 19 de la carta fundamental y que, no hace falta convencer, es consubstancial a una república democrática.

El ejercicio de ese derecho no queda reservado a los adultos. A los niños se lo consagra el artículo 12 de la Convención pertinente. La educación es ciertamente un bien social fundante en el que asiste protagonismo transversal a todos los estamentos sociales, sin distinciones etáreas. Es sano se opine constructivamente a su respecto; le hace falta permanente crítica. Cuando quienes se ven más directamente involucrados en ella —para estos efectos, dígase alumnos— utilizan vías ortodoxas para ejercer esa crítica y demandar las innovaciones, hasta que se convencen de la ineficacia de su rutina y se valen, por decisión muy mayoritaria, de ejercicios de presión colectiva, sometidos nada más quedan a las acciones por los delitos que cometan.

Así lo dispone el citado artículo 19 N° 12°. Si alguna autoridad hubiere considerado que en la paralización de actividades acordada por el estamento estudiantil se atropelló la ley, instar debió, a través de los requerimientos correspondientes, a la imposición de los castigos que contempla la ley común —Ley de Seguridad del Estado, Código Penal— sede en la que habría debido determinarse lo correspondiente. Así lo establece el artículo 13.2.b) de la Convención. Cuestión del todo ajena a una reglamentación de disciplina al interior de un colegio.

Lo cual mueve a este previniente a concluir que las medidas disciplinarias también han perturbado seriamente el derecho de los estudiantes a emitir opinión, reconocido en el señalado artículo 19 N° 12° [libertad de expresión]”. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (n. 165), considerando 12°.

sólo de un grupo minoritario de estudiantes. El fallo califica el actuar de los manifestantes como ilegal y arbitrario, señalando que habían sido los recurrentes quienes, con la manifestación, habrían afectado los derechos del resto de los alumnos<sup>167</sup>. En el caso concreto de la libertad de expresión la Corte de Apelaciones de Santiago indica que las tomas, en tanto actividades ilícitas, no pueden considerarse ejercicio de esta libertad

“ni tampoco [puede] tolerar la impunidad que se busca mediante la interposición abusiva del presente recurso acusando a las autoridades, obligadas a reprimir esos actos, de infringir el derecho a emitir opinión”<sup>168</sup>.

En Valparaíso, la Corte de Apelaciones acogió el recurso que un grupo de estudiantes interpuso en contra del liceo “Santiago Escuti Orrego”<sup>169</sup>. La razón por la cual se acoge el recurso fue la violación de los principios del debido proceso, a pesar del voto en contra de la ministra Dinorah Camerati, quien recalcó el carácter minoritario del grupo que participó en la toma, así como la anteposición de los deberes a los derechos. Finalmente, varios estudiantes que habían participado en movilizaciones y que fueron expulsados, interpusieron un recurso de protección en contra del colegio “Miguel Luis Amunátegui”<sup>170</sup>. Esta vez los recurrentes reclamaron directamente la violación de su derecho a emitir opinión y de informar. El recurso fue rechazado, pues, en concepto de la Corte de Apelaciones de Santiago, la medida disciplinaria se habría adoptado en razón de los antecedentes académicos de los estudiantes, y no por el hecho de que éstos hayan tomado parte en movilizaciones estudiantiles, tal como había argumentado la dirección del establecimiento<sup>171</sup>.

Hay dos situaciones más en las que han existido decisiones judiciales que merecen atención. Primero, en el caso del paro que se produjo en CODELCO y, segundo, en las manifestaciones de algunos mapuches que iniciaron huelgas de hambre para denunciar discriminación por la aplicación de la legislación antiterrorista en su contra. Mientras en el primer caso se les señaló que la vía idónea adecuada

---

<sup>167</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 2.955-2007, 22 de agosto de 2007.

<sup>168</sup> *Op. cit.*, considerando 10°.

<sup>169</sup> CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, rol N° 377-2007, 20 de septiembre de 2007.

<sup>170</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 3.321-2007, 25 de septiembre de 2007.

<sup>171</sup> *Op. cit.*, considerando 2°.

para reclamar por las violaciones eran las demandas ante la justicia laboral<sup>172</sup>, en el segundo los huelguistas fueron forzados a ser alimentados por una orden emanada de la Corte de Apelaciones de Temuco, que acogió un recurso de protección interpuesto “en contra de los huelguistas y a su favor”<sup>173</sup>.

No parece que los tribunales chilenos estén dispuestos a considerar las protestas como manifestación de las libertades de reunión y expresión. Si bien es cierto hay algunas referencias a las libertades mencionadas, éstas son sólo minoritarias y aparecen en los votos concurrentes o disidentes, según el caso. Los tribunales conceden mayor valor a los reglamentos de los establecimientos educacionales, antes que a los derechos involucrados, y además se suele reprochar a los estudiantes el que sólo constituyan sectores minoritarios al interior de los colegios.

#### *2.4. Estado y uso de la fuerza pública: violencia y represión de la movilización social*

Por criminalización de la protesta social entendemos el hecho de considerar las movilizaciones sociales como actividades que necesariamente causan desorden, daño a bienes privados y públicos y, en fin, el estimar que las protestas son una afectación del orden público por medio del cual algunos sectores buscan obtener ventajas –atención a sus demandas– que podrían lograrse por medio de otras formas de participación (sean elecciones populares u otras formas de diálogo y deliberación). En este apartado se revisa la respuesta estatal a diversas situaciones, pero que evidencian un eje en común: la *violencia en la represión policial*. Acá se considera la situación de las movilizaciones autorizadas, pero que terminan con incidentes; la situación y represión de aquellos manifestantes que, no habiendo sido autorizados a

<sup>172</sup> “CODELCO: defienden ante la justicia protesta del martes”, en *La Nación*, Santiago, 5 de diciembre de 2007 (por medio de este recurso de protección los trabajadores buscaban reivindicar su derecho de reunión y sus libertades sindicales); “Rechazado recurso de subcontratistas contra CODELCO”, en *La Nación*, Santiago, 10 de diciembre de 2007.

<sup>173</sup> “Corte de Temuco acoge recurso a favor de mapuches en huelga de hambre”, en *La Nación*, Santiago, 19 de noviembre de 2007. Ésta es, por lo demás, la respuesta que tradicionalmente han dado nuestras cortes para casos de huelga de hambre. Sobre este punto existe abundante información en Gastón GÓMEZ, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 247 y ss. Todo lo anterior, sin perjuicio del caso particular de Patricia Troncoso, cuyos reclamos a favor de la causa indígena, también manifestados por medio de una huelga de hambre, recibieron algo más de atención de parte del Estado.

manifestarse, lo hacen de todas formas; y la respuesta estatal a otras situaciones de protesta menos articuladas.

A propósito de la marcha que el Partido Comunista planificaba para conmemorar el 11 de septiembre de 2007, el ministro del Interior Belisario Velasco señaló que los convocantes del acto, el Partido Comunista y las demás agrupaciones de derechos humanos, “no tienen control sobre los encapuchados”<sup>174</sup>, lo que los inhabilitaba, según Belisario Velasco, para ser autorizados a marchar en frente a la casa de gobierno. Misma suerte corrió la CUT cuando su manifestación no fue autorizada para ocupar la avenida Libertador Bernardo O’Higgins (Alameda). En este caso la Intendencia señaló que si se producían daños “serán los convocantes y quienes generen disturbios, quienes deberán hacerse cargo y responder por ellos”<sup>175</sup>. Las restricciones, como se señaló, no parecen legítimas cuando existe una identificación automática de las manifestaciones a desórdenes. En efecto, la principal razón para negar el permiso al Partido Comunista era lo dañada que habría resultado la “imagen país” al aparecer, en noticiarios del mundo, la imagen del palacio La Moneda con una de sus ventanas en llamas<sup>176</sup>. Sabemos, sin embargo, que la responsabilidad por la mantención del orden corresponde al Estado en tanto garante y, por lo mismo, los disturbios que se producen en las movilizaciones sociales no pueden imputarse exclusivamente a la quienes organizan las mismas. Menos, aún, que esos mismos antecedentes sirvan de base para no autorizarlas, o para autorizarlas con alcances relativos al trazado de las mismas.

En efecto, el estándar del Derecho Internacional es bastante más estricto. El Estado tiene el deber de cuidar a los ciudadanos y ciudadanas que se manifiestan. Así, la Corte Europea ha señalado:

“(…) una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover [incluido el Estado]. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores; di-

---

<sup>174</sup> “Controversia provoca restricción a marcha por el ’11”, en *La Nación*, 8 de septiembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20070907/pags/20070907190940.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20070907/pags/20070907190940.html) visitada el 8 de septiembre de 2007.

<sup>175</sup> “Intendencia establece ruta de marcha convocada por la CUT”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de agosto de 2007.

<sup>176</sup> Véase, en especial, las n. 122, 123 y 124.

cho miedo podría disuadir a asociaciones o grupos de personas que tienen ideas o intereses en común para que no expresen sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad”<sup>177</sup>.

La pregunta que resta responder es, ¿cómo pueden los manifestantes esperar “jornadas tranquilas” en un contexto que, si algo indica, es todo lo contrario? Considérese, por ejemplo, que para el 1 de mayo (Día Internacional del Trabajador) de 2007 el Estado dispuso una dotación de mil doscientos efectivos para seguridad<sup>178</sup>. Funcionarios del OS-9<sup>179</sup>, además, analizaron protestas pasadas para formarse “perfiles de vándalos”<sup>180</sup>, lo que se suma a la utilización de cámaras de video<sup>181</sup> y ficheros que los mismos funcionarios portan el día de las manifestaciones con las fotos, nombres y otros datos de manifestantes<sup>182</sup>, quienes son detenidos preventivamente antes de que comiencen las marchas<sup>183</sup>. A todo lo anterior debe sumarse la implementación de fiscales antidisturbios para fechas especiales<sup>184</sup>.

Hacia mediados de junio de 2008, en el contexto del incremento de las movilizaciones estudiantiles, se conocieron nuevas “técnicas de control de protestas” de parte de Carabineros de Chile. Es lo que ocurrió en el colegio Confederación Suiza, que se encontraba tomado por estudiantes del mismo, en demanda por una mejora en la calidad de la educación. Una de las voceras del grupo de estudiantes fue requerida por Carabineros para un control de identidad. Pese a que ella accedió a mostrar su cédula de identidad –de acuerdo con la

<sup>177</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), p. 142.

<sup>178</sup> “1.200 efectivos para seguridad del 1 de mayo”, en *El Mercurio*, Santiago, 28 de abril de 2007.

<sup>179</sup> Unidad de Carabineros de Chile a cargo de “[i]nvestigar los delitos de mayor connotación socio-policial y aquellos ilícitos asociados a organizaciones criminales; estudiar científicamente los fenómenos delictuales, así como supervisar técnicamente a las secciones dependientes en las Comisarías del país”, en <http://www.carabineros.cl/sitioweb/web/verSeccion.do?cod=85>, visitada el 2 de julio de 2008.

<sup>180</sup> “1.200 efectivos...” (n. 178).

<sup>181</sup> Incluso, esas cámaras captan imágenes de quienes concurren a La Moneda a entregar alguna carta a la Presidenta.

<sup>182</sup> “Policías portarán fichero de encapuchados ‘frecuentes’ para mantenerlos a raya el 29”, en *El Mercurio*, Santiago, 24 de marzo de 2008.

<sup>183</sup> “Con detenciones selectivas la policía precavó desórdenes”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de mayo de 2007.

<sup>184</sup> “Gobierno activa amplio plan antidisturbios”, en *El Mercurio*, Santiago, 29 de marzo de 2007.

normativa vigente<sup>185</sup>– Carabineros de Chile procedió a tomarla detenida con el objetivo, según dijeron, de realizar el procedimiento en la comisaría respectiva<sup>186</sup>, en contravención a la legislación procesal penal<sup>187</sup>. En el vehículo policial la estudiante habría sido objeto de insultos y amedrentamientos, siendo finalmente dejada en la comuna de San Miguel, en Santiago, sin llegar jamás a la comisaría. Lo mismo habría ocurrido con varias otras estudiantes, todas mujeres, aparentemente repartidas en distintas zonas de la capital. Notas de prensa han comenzado a dar cuenta de este nuevo actuar de Carabineros, por medio de detenciones ilegales ocurridas antes de cualquier protesta.

Es lo que ocurrió en el caso de estudiantes de la Universidad de Chile involucrados en las movilizaciones estudiantiles. Uno de ellos fue detenido por Carabineros arbitrariamente. Una vez detenido comenzó a ser interrogado respecto del número de estudiantes del liceo de niñas N° 1, Javiera Carrera, que se encontraban dentro de un establecimiento en toma<sup>188</sup>. Al mismo tiempo, y en una de las últimas marchas antes del cierre de la edición de este *Informe...*, y en medio de algunos incidentes, dos personas vestidas de civil habrían bajado de un automóvil y, mostrando sus pistolas, habrían comenzado a dar disparos al aire, empujando a las personas a su alrededor. Sólo una vez que los ahí presentes presionaron, estas personas se habrían

---

<sup>185</sup> De acuerdo al artículo 85, inciso 1° del *CPP*, “[l]os funcionarios policiales (...) deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona 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 pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos”.

<sup>186</sup> Declaración de la Asamblea de Padres y Apoderados de Alumnos en Toma, en poder de los autores de este informe. También en <http://www.piensachile.com/content/view/4295/1/>, visitada el 8 de julio de 2008.

<sup>187</sup> El inciso 3° del artículo 85 del *CPP* dispone que: “[e]n caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado...”.

<sup>188</sup> La declaración del involucrado se encuentra en <http://kuramresiste.blogspot.com/2008/06/estudiante-de-la-universidad-de-chile.html>, visitada el 3 de julio de 2008.

identificado finalmente como funcionarios de Policía de Investigaciones<sup>189</sup>.

Parte importante de estas nuevas estrategias de operación policial podrían responder a una nueva actitud del Estado hacia las protestas estudiantiles específicamente. Mientras las manifestaciones de hace un par de años encontraron eco en las autoridades estatales, aunque sólo luego de convencer a las mismas que las movilizaciones iban en serio, las más recientes son rápidamente disueltas por Carabineros, quienes proceden deteniendo a los participantes —en algunos casos de la forma que acabamos de relatar— y desalojando los establecimientos educacionales<sup>190</sup>. A lo anterior se suma la restricción de las movilizaciones<sup>191</sup>.

Además del papel garante que el Estado no puede delegar en manos de los ciudadanos, debe cuidar de emplear medios razonables de dispersión y control de manifestaciones no autorizadas. Así,

“[l]a Comisión Africana deploró el uso abusivo de la violencia estatal hacia los manifestantes incluso cuando los manifestantes no están autorizados a manifestarse por las competentes autoridades administrativas. La Comisión Africana sostuvo que las autoridades públicas poseen medios adecuados para dispersar a las multitudes, y que aquellos responsables de mantener el orden público deben hacer un esfuerzo en este tipo de operaciones para causar sólo el mínimo posible de daños y violaciones a la integridad física y para respetar y preservar la vida humana”<sup>192</sup>.

En Chile, la regla general parece ser el que las manifestaciones terminen con serios incidentes y con abusos de parte de los agentes esta-

<sup>189</sup> “Siguen las movilizaciones de los estudiantes... Abajo la educación de Mercado”, en <http://radio1demayo.blogspot.com/>, visitada el 3 de julio.

<sup>190</sup> “Secundarios ya no actúan en bloque, y autoridad desaloja sus tomas rápidamente”, en *El Mercurio*, Santiago, 7 de junio de 2008; “Desalojados los liceos, pero se anuncian más movilizaciones”, en *El Mercurio*, Santiago, 20 de junio de 2008.

<sup>191</sup> “Santiago: marcharán sin permiso contra la LGE”, en *La Nación*, Santiago, 8 de julio de 2008; “Carabineros sofoca la marcha contra la LGE en Alameda”, en *La Nación*, 8 de julio de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080708/pags/20080708104645.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080708/pags/20080708104645.html) (dando cuenta de las órdenes de Intendencia para disolver las movilizaciones) visitada el 8 de julio de 2008; “Desórdenes y detenciones marcan inicio de marcha no autorizada contra la LGE”, en *La Tercera*, 8 de julio de 2008, en [http://www.latercera.cl/contenido/25\\_28645\\_9.shtml](http://www.latercera.cl/contenido/25_28645_9.shtml). Visitada el 8 de julio de 2008.

<sup>192</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (n. 90), p. 144.



tales<sup>193</sup>, abusos que no encuentran sanción ni reparación de parte de las instancias establecidas. Los reclamos por abusos policiales son investigados sumariamente al interior de las unidades de Carabineros, y en casos más graves ante la justicia militar<sup>194</sup>.

Quizá el caso más dramático en este sentido fue el asesinato de Rodrigo Cisternas, quien falleció producto de balazos disparados “desde un furgón policial cuando intentó embestir dos vehículos de Carabineros,” en el marco de una huelga de operarios forestales<sup>195</sup>. Como suele ocurrir en casos en que hay uniformados involucrados, la investigación quedó en manos de la justicia militar que, luego de siete meses de investigaciones, concluyó que “no hay responsables del hecho registrado el 3 de mayo, [ocurrido] en medio de una violenta protesta laboral”<sup>196</sup>. La reacción de las autoridades —que no asistieron al funeral del operario muerto<sup>197</sup>— contrasta con el revuelo que causa la agresión sufrida por el senador (PS) Alejandro Navarro. Éste último fue golpeado en la cabeza por un efectivo de fuerzas especiales de Carabineros mientras intentaba dialogar con los efectivos en el marco de las marchas por el día de trabajador<sup>198</sup>. De acuerdo con la versión de Carabineros: “[n]o está en nuestros protocolos de trabajo actuaciones de esa naturaleza y por eso (...) lo lamentamos (...)”<sup>199</sup>.

Estos hechos parecerían indicar que la reacción en materia de sanción acontece en contra de funcionarios menores y sólo en la medida que haya importantes funcionarios involucrados<sup>200</sup>. Al mismo

<sup>193</sup> Véase, en general, sobre abusos y torturas al momento de las detenciones en las protestas, ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA, *Violencia estatal en Chile. Un informe alternativo presentado al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas*, Ginebra, 2005, pp. 28-33.

<sup>194</sup> Como todo lo que ello implica desde el punto de vista de la ausencia de imparcialidad y su amplísimo fuero para juzgar civiles. Consideraciones especiales en este sentido se encuentran en el capítulo sobre justicia militar y derechos humanos, en este mismo *Informe...*

<sup>195</sup> “Un muerto en enfrentamiento con la policía”, en *El Mercurio*, Santiago, 4 de mayo de 2007. Las notas de prensa señalan que Rodrigo Cisterna habría recibido entre tres y catorce balas. “Arauco tiene una pena”, en *La Nación*, Santiago, 6 de mayo de 2007.

<sup>196</sup> “Critican la falta de culpables en muerte de operario forestal”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de diciembre de 2007.

<sup>197</sup> “Asesinato de trabajador forestal quedó sin culpables”, en *La Nación*, Santiago, 16 de diciembre de 2007.

<sup>198</sup> “Cerca de 200 detenidos han sido formalizados por incidentes durante la protesta de la CUT”, en *La Nación*, Santiago, 31 de agosto de 2007.

<sup>199</sup> “Carabineros da excusas por golpe contra el senador Navarro”, en *El Mercurio*, Santiago, 31 de mayo de 2007.

<sup>200</sup> En efecto el funcionario fue trasladado de unidad mientras se desarrolla la investigación en su contra. “Cerca de 200 detenidos...” (n. 203).

tiempo, algunos hechos sugieren incapacidad de parte de la autoridad policial por distinguir adecuadamente a personas que ejercen actos de violencia en las protestas y quienes –aun estando presente en ellas– permanecen en actitud pacífica. Así, y en el contexto de movilizaciones sociales frente al discurso presidencial del 21 de mayo<sup>201</sup>, Carabineros de Chile agredió a un periodista de la agencia de noticias EFE que cubría las mismas. Mientras fotografiaba a un grupo de funcionarios que golpeaba a manifestantes, un funcionario montado a caballo se le acercó y le pegó con una fusta metálica. A pesar de que el fotógrafo Víctor Salas bajó los brazos al ver al funcionario, y le señaló “tranquilo, no pasa nada,” el funcionario lo golpeó en el ojo derecho, corriendo riesgo de perder cierto grado de visión<sup>202</sup>. La agrupación Reporteros sin Fronteras criticó la lentitud en la investigación de la agresión, señalando que: “el mando de los carabineros dispone de un censo de los efectivos que estuvieron presentes en la manifestación de Valparaíso del pasado 21 de mayo”<sup>203</sup>. La investigación realizada por Carabineros, finalmente, no arrojó ningún resultado<sup>204</sup>, situación idéntica a la acaecida con la muerte del operario Rodrigo Cisternas.

Todo lo anterior no quiere decir que aquellos actos de violencia ejercido por manifestantes no espacio a la intervención policial. Pero cuando ocurren es preciso mirar la respuesta estatal para entender qué papel asigna éste a la movilización social, y a qué herramientas recurre para desincentivar las mismas. De igual forma debe prestarse atención a los mecanismos que el Estado coloca a disposición de sus ciudadanos para perseguir los abusos que se cometen en la represión de las manifestaciones que, dicho sea de paso, las más de las veces no son tan radicales como los hechos ocurrido el 11 de septiembre de 2007—que incluyeron la muerte de un funcionario de Carabineros. En aquella ocasión el Estado manifestó un enérgico rechazo, lo que es esperable y evidente. Pero, además, anunció fuertes amenazas. Así

---

<sup>201</sup> Fecha en que la Presidenta se dirige al país, frente al Congreso Pleno, para rendir cuenta al país.

<sup>202</sup> “Registro de una agresión”, en *La Tercera*, Santiago, 25 de mayo de 2008.

<sup>203</sup> “Critican demora de investigación por ataque policial a fotógrafo”, en *La Nación*, Santiago, 2 de junio de 2008; “Políticos con ‘ojos en tinta’ en protesta de fotógrafos frente a La Moneda”, en *Terra.cl*, 8 de julio de 2008, en [http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id\\_cat=302&id\\_reg=996289](http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id_cat=302&id_reg=996289). Visitada el 8 de julio de 2008.

<sup>204</sup> “Sumario de Carabineros no identificó a agresor de fotógrafo”, en *La Nación*, 9 de julio de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/200807\\_09/pags/20080709153941.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/200807_09/pags/20080709153941.html), visitada el 9 de julio de 2008.

se señaló que los responsables de hechos vandálicos ocurridos durante las marchas serían juzgados por tribunales militares<sup>205</sup>, cuya propia existencia ha sido condenada por la Corte IDH<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> “Gobierno considera aplicar Código de Justicia Militar contra asesino de Cabo Vera”, en *Radio Infinita*, 12 de septiembre de 2007, en <http://www.infinita.cl/titulares/despliegue.tpl?fecha=13/09/2007&hora=14:36:36>, visitada el 12 de septiembre de 2007; “Gobierno aplicaría Ley de Seguridad del Estado contra presunto asesino de Carabinero”, en *El Mercurio*, 13 de septiembre de 2007, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=275404>, visitada el 13 de septiembre de 2007; “Interior reafirmó que se buscarán ‘sanciones ejemplarizadoras’ por crimen de carabinero”, en *Radio Cooperativa*, 18 de septiembre de 2007, en [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20070919/pags/20070919111101.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20070919/pags/20070919111101.html). Visitada el 18 de septiembre de 2007.

<sup>206</sup> CORTE IDH (n. 2).



## CONDICIONES CARCELARIAS

---

### ABSTRACT

Tratar con dignidad y respeto a aquéllos que son objeto de nuestra estima, resulta una tarea relativamente fácil. Proveer de condiciones dignas de vida y que garanticen los derechos de aquéllos privados de libertad por el Estado, parece ser una tarea titánica. Así lo entiende el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que dispone una serie de regulaciones y estándares normativos que se orientan a proteger a aquellas personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, particularmente en cárceles o centros de internación. El respeto y garantía de los derechos fundamentales de una persona privada de libertad –bajo el control casi absoluto de funcionarios del Estado– depende plenamente de la existencia de condiciones materiales, jurídicas y sociales que permitan proteger niveles mínimos de dignidad humana. Tales niveles son violados en contextos de hacinamiento, frente a prácticas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y falta de acceso a agua potable, salud y educación. A su vez, y tratándose de grupos especialmente vulnerables y que se encuentran privados de libertad –como los niños y adolescentes, las mujeres, las minorías sexuales, los enfermos, las personas con discapacidad o los inmigrantes, entre otros– los Estados deben garantizar niveles de protección aun más intensos y que se justifican debido a su particular exposición a actos de violencia o discriminación.

Este capítulo presta atención a la forma en que el Estado de Chile incumple con diversos estándares internacionales y nacionales, orientados hacia la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. En particular, se analiza la realidad del hacinamiento y se describen hechos que pueden ser calificados como tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y que no obtienen respuesta adecuada de los funcionarios de gobierno ni de parte importante de los tribunales de justicia. A su vez, el capítulo se detiene en diversas

violaciones a los derechos de dos grupos vulnerables, las personas viviendo con VIH/SIDA y los adolescentes privados de libertad. Tratándose de los centros de privación de libertad de adolescente, el informe da cuenta de gravísimas violaciones a los derechos humanos de un grupo y que debiese ser objeto de protección reforzada por parte del Estado de Chile.

**PALABRAS CLAVE:** hacinamiento, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; agua potable, salud, educación, falta de protección judicial efectiva, responsabilidad internacional.

## I. INTRODUCCIÓN

El año 1991 se creó en la Cámara de Diputados una comisión especial destinada a estudiar el estado del sistema penitenciario chileno. Las conclusiones de ese trabajo se expresaron en un informe emitido por la comisión y en el que se consideró el desarrollo de algunas iniciativas concretas orientadas a la reforma del sistema penitenciario en general<sup>1</sup>. Sin embargo, debieron transcurrir casi diez años para que nuevamente se planteara la necesidad de resolver la problemática penitenciaria con cambios estructurales. En esta ocasión, la acción gubernamental se concentró en la construcción de más y mejores cárceles a través de un inédito mecanismo de la licitación a privados. La pretensión consistió en construir diez nuevos recintos penales; los cuales cumplirían altos estándares en materia de infraestructura, de equipamiento y, en términos generales, de calidad en la entrega de prestaciones de los servicios requeridos por la población penitenciaria. Con esta política se buscaba dar una respuesta definitiva al hacinamiento y promiscuidad de los reclusos, entregando servicios básicos y una reinserción eficiente y un trato digno y humano para los privados de libertad<sup>2</sup>.

Habiendo transcurrido más de dos años de la puesta en marcha de este proyecto (diciembre de 2005), más de la mitad de los nuevos

---

<sup>1</sup> Véase, Cristian RIEGO, “La crisis penitenciaria y el informe de la Cámara de Diputados”, en *Cuaderno de Análisis Jurídicos*, N° 24, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, marzo de 1993, p. 65 y ss.

<sup>2</sup> Jaime ARELLANO, “Reforma penitenciaria: el caso del Programa de Concesiones en Infraestructura Penitenciaria en Chile”, en *Justicia y Gobernabilidad Democrática*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia para las Américas y Ministerio de Justicia, 2003, pp. 58-59.

recintos penitenciarios ya han sido inaugurados –seis en concreto–<sup>3</sup> y, sin embargo, las condiciones de respeto a los derechos de los privados de libertad sigue siendo preocupante. A modo de resumen, baste decir que el volumen de la población penitenciaria se ha casi duplicado en el período 1995-2007, en tanto que el aumento y mejoramiento de la infraestructura ha sido un proceso bastante más lento y problemático que no ha resuelto el hacinamiento en el ámbito nacional (con demoras cuantiosas para el fisco en la entrega de algunos recintos). Al mismo tiempo, el conjunto de condiciones de vida indignas al interior de las antiguas cárceles han continuado sin modificación. En ambos casos, es posible observar continuidad en prácticas de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes a la población penitenciaria adulta y adolescente, una cuestión extremadamente preocupantes para el logro de los objetivos de una reforma adecuada al sistema penitenciario chileno.

## II. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS AL INTERIOR DE CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CHILE

### *1. Crecimiento explosivo de la población penitenciaria y hacinamiento*

Según cifras de Gendarmería de Chile, al mes de diciembre de 2007 el sistema penitenciario atendía a un total de 91.889 personas. De tal cantidad, 45.843 (49,9% del total) se encuentra en el sistema cerrado, correspondiente a los internos recluidos en los recintos penitenciarios del país<sup>4</sup> y 46.046 (50,1% del total) se encuentra en el sistema abierto<sup>5</sup> (con-

<sup>3</sup> Los recintos edificados y funcionando son: Rancagua, Alto Hospicio, La Serena, Santiago, Valdivia y Puerto Montt.

<sup>4</sup> Sistema cerrado, corresponde a todos aquellos internos privados de libertad que permanecen en las unidades penales, en este sistema se encuentran detenidos, procesados (antiguo sistema), imputados (nuevo sistema) y los condenados privados de libertad. Véase, [www.gendarmeria.cl](http://www.gendarmeria.cl); visitado el 12 de enero de 2008

<sup>5</sup> Sistema abierto, corresponde a todos aquellos condenados que tienen medidas alternativas (ley N° 18.216). Según Gendarmería de Chile se entiende por tales, aquéllas que sustituyen la pena privativa de libertad en un recinto penitenciario por una sanción que permite continuar desarrollando la vida laboral, familiar y social de la persona. Éstas son: remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada. Véase, [www.gendarmeria.cl](http://www.gendarmeria.cl), visitada el 21 de enero de 2008.

denados con medidas alternativas)<sup>6</sup>. En cuanto a los adolescentes privados de libertad, según cifras del Ministerio de Justicia, a junio de 2008 existiría un universo total de 7.093 jóvenes condenados, de los cuales 455 (3,06%) están condenados a internación en régimen cerrado<sup>7</sup>.

Más impactantes son las cifras anuales en torno al *crecimiento* de la población penitenciaria. Desde 1995 a la fecha, la población penitenciaria se ha duplicado. En 1995, la población penal del sistema cerrado era de 22.027, mientras que a diciembre del 2007 las cifras dan cuenta de 45.843 personas privadas de libertad. Según algunos expertos, sólo entre 2006 y 2007 se ha producido un aumento de un 79%<sup>8</sup>. Véase el siguiente gráfico:



Con este fenómeno se hace muy difícil que en el largo plazo las nuevas cárceles licitadas puedan poner término al fenómeno del hacinamiento. Según estudios disponibles, cada año la población reclusa aumentaría en mil doscientas cincuenta personas condenadas<sup>9</sup>. Por ello,

<sup>6</sup> Véase [www.gendarmeria.cl](http://www.gendarmeria.cl), visitada el 21 de enero de 2008.

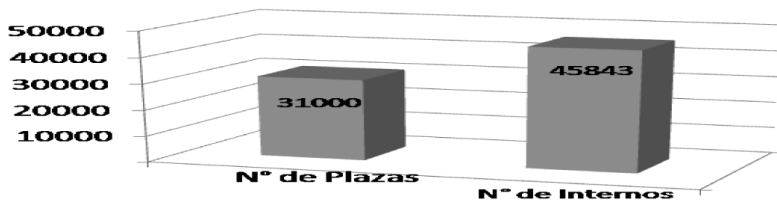
<sup>7</sup> Balance del primer año de funcionamiento de la ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, junio de 2008, Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia-SENAME. Véase [http://www.minjusticia.cl/rpa\\_04\\_06\\_08.pdf](http://www.minjusticia.cl/rpa_04_06_08.pdf); visitada el 2 de julio de 2008.

<sup>8</sup> Véase, Pablo ÁLVAREZ, Antonio MARANGUNIC, Raúl HERRERA, "Impacto de la reforma procesal penal en la población carcelaria del país", en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N° 11, Santiago, Ministerio de Justicia-Gendarmería de Chile, diciembre de 2007, p. 121.

<sup>9</sup> Véase, Gustavo JIMÉNEZ, "El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile", en División de Planificación, *Estudios e inversión del Departamento de Estudios*, Santiago, Ministerio de Planificación, 2007, p. 10, en <http://sni.mideplan.cl/links/files/publicaciones/publicaciones/1440>. Visitada el 8 de abril de 2008.



con un porcentaje de crecimiento de la población penitenciaria constante, las capacidades de los centros de reclusión será una constante que se hará aún más crítica en los próximos años. Por ejemplo, en los primeros análisis que se hacían en torno a la construcción de las cárceles licitadas, se estimaba que en aquella época el déficit de espacio giraba en torno a las *dieciséis mil plazas*, las cuales serían cubiertas con los diez nuevos centros<sup>10</sup>. A diciembre de 2007, con más del 60% de las nuevas cárceles construidas, el déficit no ha variado sustancialmente. Así, de acuerdo con cifras de Gendarmería de Chile, el sistema penitenciario cuenta con una capacidad real de atención de treinta y una mil plazas distribuidas en ciento tres recintos<sup>11</sup>, y con una población que sobrepasa a los cuarenta y cinco mil internos se genera un déficit de aproximadamente de *catorce mil plazas*<sup>12</sup>. Véase el siguiente gráfico:



Es cierto que una posible respuesta al crecimiento explosivo de la población penitenciaria podría ser la decisión de perseverar en la construcción de más y nuevos recintos de reclusión. Ésta parece ser, por lo demás, la respuesta del Estado de Chile a esta materia, anunciada en diciembre de 2007<sup>13</sup>. Con todo, la construcción de nuevos centros de reclusión debe ir necesariamente acompañada de una política criminal más sofisticada que busque auténticos mecanismos de descongestión del sistema de justicia criminal y respuestas más humanas y más eficientes que la pena privativa de libertad.

Como se indica a continuación, los centros antiguos continúan aumentando su ya colmada capacidad de sobrepoblación y algunos

<sup>10</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de derechos humanos 2006. Hechos 2005*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006, p. 35, en [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl). Visitada el 4 de enero de 2008.

<sup>11</sup> Véase *El Mercurio*, Santiago, 1 de diciembre de 2007, p. C-21.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Según la autoridad penitenciaria los ocho centros serán construidos en las regiones Metropolitana, Valparaíso, Arica, Biobío, La Araucanía, Atacama y Antofagasta. El Estado otorgó \$222.000.000.000 para este propósito. *El Mercurio*, Santiago, 1 de diciembre de 2007, p. C-21.

de los nuevos centros ya están empezando a evidenciar problemas en este sentido (Alto Hospicio y Santiago Uno, por ejemplo). Incluso, este fenómeno se ha extendido a los adolescentes infractores, donde el nuevo sistema de justicia penal juvenil esta presentando las mismas deficiencias. A continuación especificaremos aquellos lugares críticos en que se materializa el fenómeno del hacinamiento:

#### a) Región de Valparaíso

En la Quinta Región de Valparaíso se ha constatado hacinamiento y sobrepoblación en la mayoría de los establecimientos. Véase el siguiente cuadro elaborado por la fiscalía de la Corte Suprema<sup>14</sup>:

PENAL	CAPACIDAD REAL	POBLACIÓN
CP de Valparaíso	1.200 internos	2.430 internos
CCP de San Antonio	220	493
CCP de Los Andes	150	403
CDP de Quillota	240	455
CCP de San Felipe	100	235
Total	1.910	4.020

Como se puede apreciar, una crítica situación crítica se observa en el CP de Valparaíso, lo cual trae como consecuencia que en las celdas diseñadas para que habitara un interno, conviven hasta cuatro reclusos<sup>15</sup>.

#### b) CP de Arica

Situación similar se aprecia en la primera región del país en el Complejo Penitenciario de Arica. En este recinto penitenciario –diseñado para albergar mil ciento veinte internos– conviven actualmente mil novecientos veinte reclusos, lo que representa una sobrepoblación penitenciaria equivalente a un 72,66%<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE CORTE SUPREMA, Oficio N° 384, 29 de octubre de 2007, dirigido al Ministro de Justicia Carlos Maldonado, pp. 1 y 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE CORTE SUPREMA, Oficio N°498, 26 de diciembre de 2007, dirigido al Ministro de Justicia Carlos Maldonado, pp. 1 y 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

*c) Cárcel de Temuco*

En iguales condiciones se encuentra la cárcel de Temuco, donde un funcionario de la ANFUP explica que dicha cárcel se caracteriza porque en media hectárea conviven más de novecientos internos, revelando lo que según su opinión constituye un “hacinamiento que a todas luces es inhumano, tanto para los reclusos como para los funcionarios que están expuestos todos los días a la dura realidad”<sup>17</sup>.

*d) Alto Hospicio*

Se trata de un ejemplo de hacinamiento en las nuevas cárceles. Según información entregada por la fiscalía judicial de la Corte Suprema, el CP de Alto Hospicio, correspondiente al grupo 1 del programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria está siendo objeto de fenómenos de hacinamiento, con un directo impacto en la incapacidad de la obligación de segregar a los reclusos según criterios de peligrosidad. Como explica el fiscal judicial de la Il. Corte de Apelaciones de Iquique, en el módulo 1, de máxima seguridad, se encuentran internos primerizos, junto con internos que en su mayoría cumplen altas penas y son reincidentes<sup>18</sup>.

*e) Santiago Uno*

Otro ejemplo de hacinamiento en las nuevas cárceles, se verificó en el penal concesionado de la RM Santiago I, el cual, a los ocho meses de entrada en funcionamiento copó su capacidad de tres mil ochenta y una plazas. Esta situación impulsó al Ministerio de Justicia y a Gendarmería a comunicar oficialmente a los jueces de garantía de Santiago que debido al límite de cupos con que funcionaba Santiago I, se habían habilitado dependencias de la ex Penitenciaría para albergar a los nuevos imputados.

Según explicaron los medios de comunicación durante el mes de diciembre de 2007, las motivaciones de Gendarmería y del Ministerio de Justicia giraron en torno a las multas que deberían pagar a la sociedad concesionaria por sobrepasar el límite de la capacidad. Según los medios de prensa escrito, si se sobrepasaba dicho límite,

---

<sup>17</sup> Opinión vertida por el dirigente de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios Julio Suazo. El *Diario Austral*, Valdivia, 13 de octubre de 2007.

<sup>18</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N°179, 25 de mayo de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

el gobierno debería pagar una multa de 100 UTM (\$3.400.000) por cada día en que ello ocurriera, según lo establecerían las bases de citación<sup>19</sup>.

Sin embargo, el traslado al antiguo recinto no se materializó por las gestiones promovidas por un grupo de jueces de garantía de Santiago. Una comisión de jueces luego de visitar ambos recintos estimó que la situación de la ex Penitenciaría, con cinco mil setecientos cincuenta internos, era crítica por su hacinamiento, y que no se comparaba con los estándares de Santiago I, razón por la cual se opusieron al traslado. La Corte de Apelaciones y Suprema apoyaron la conclusión de los magistrados conformando un fuerte que debilitó las pretensiones de Justicia y Gendarmería. Así se desprende de las palabras del presidente de la Corte de Apelaciones: “Ojala algún día pudiéramos llegar a que los reclusos sufran su encarcelamiento –ya sea definitivo o preventivo– pero que sólo sea una privación de libertad y no de los derechos esenciales”<sup>20</sup>.

En este punto vale la pena mencionar que el hacinamiento en el interior de una prisión, en la medida que implica vulneración de otros derechos, equivale a una forma de *trato cruel, inhumano y degradante*. Así lo disponen los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas en las Américas al establecer que:

“La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas será prohibida por ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, está deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación efectiva”<sup>21</sup>.

Un recinto penal sobrepoblado, además de constituir una infracción al derecho de cada recluso a contar con un espacio mínimo, genera una serie de violaciones adicionales a sus derechos, entre ellos: falta de agua, mala alimentación, plaga de ratas, falta de higiene, falta

---

<sup>19</sup> *El Mercurio*, Santiago, 7 de diciembre de 2007, p. C-12.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> OEA, Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, 2008, p.10, en <http://www.cidh.org/pdf/files/>

de camas, problemas de custodia para los funcionarios y aumento de la violencia entre los internos y entre los internos y funcionarios. Los estándares internacionales sobre derechos humanos de los privados de libertad son claros en materia de infraestructura y establecen una serie de obligaciones para los Estados en materia de condiciones de vida y espacio. Dos son las líneas a las que apuntan estos mandatos. El primero se relaciona con que el Estado debe respetar la dignidad de los privados de libertad, los cuales no obstante estar cumpliendo una sanción penal, continúan manteniendo su condición de seres humanos y la vigencia de sus derechos. La segunda está relacionada con que se les debe asegurar un espacio físico mínimo con condiciones razonables de higiene, ventilación y luminosidad. En este sentido, se pronuncian las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas”<sup>22</sup>, el “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas”<sup>23</sup> y los mismos “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de la OEA”<sup>24</sup>.

Adicionalmente, la imposibilidad de resolver el problema del hacinamiento en forma nacional está generando, además, un serio problema de *trato desigual* entre los privados de libertad. En la actualidad el sistema penitenciario chileno opera sobre la base de dos subsistemas penitenciarios: uno con colaboración de privados y otro a cargo completamente del Estado. La relación entre los privados de libertad de uno y otro sistema es la siguiente: el 22% (diez mil internos) de la población penal adulta se encontraría en las cárceles nuevas y el 78% (treinta y cinco mil internos) restante continuaría en las cárceles antiguas<sup>25</sup>.

Lo anterior genera situaciones paradójicas en las que los reclusos de una misma región del país experimenten condiciones de encierro

---

<sup>22</sup> Adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663c (xxiv) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, en <http://www.unhchr.ch/spanish/htm>

<sup>23</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, en <http://www.unhchr.ch/spanish/htm>

<sup>24</sup> “Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” Principio 1, Tratado Humano, p. 1. OEA, Resolución 1/08... (n. 21), p. 10.

<sup>25</sup> Véase, *El Mercurio*, Santiago, 8 de octubre de 2007, p. C-8.

muy distintas. Esto ocurre, por ejemplo, en la Sexta Región de Chile, entre los CP de Rancagua y el de la ciudad de Santa Cruz. El de Rancagua es un centro que forma parte de los recintos penitenciarios licitados y el de la ciudad de Santa Cruz un penal antiguo con precarias condiciones de funcionamiento. A su vez, otro ejemplo de trato desigual ha sido detectado por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago en visita efectuada el 26 de junio de 2008<sup>26</sup>.

## 2. Tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes

Hemos señalado que el hacinamiento, cuando importa la afectación de derechos fundamentales, importa una forma de trato cruel, inhumano o degradante. En general, es posible apreciar a partir de denuncias, información de la fiscalía judicial de la Corte Suprema, y algunos fallos emblemáticos en esta materia, la aplicación de golpizas y trato infrahumano en el interior de las cárceles nacionales. En torno a este último aspecto, se aprecia problemas con el acceso al agua; alimentación inadecuada; entrega de alimentos en forma indigna; filmación de mujeres presas desnudas y aplicación arbitraria de castigos. Todas estas prácticas no sólo refuerzan la calificación del hacinamiento como forma de trato cruel inhumano o degradante sino que constituyen –ellas mismas– formas de tortura y otras categorías infraccionales prescritas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

<sup>26</sup> La comisión –encabezada por el presidente del tribunal de alzada, ministro Haroldo Brito, e integrada por la ministra Jessica González, la jueza oral Karina Ormeño, la jueza de garantía Paulina Gallardo y la secretaria subrogante de la Corte de Apelaciones de Santiago Marcela Salazar– visitó el CDP Santiago Sur (ex Penitenciaría), el Centro de Detención Santiago I, el Centro Penitenciario Femenino y el Centro de Internación Provisoria y CRC mixto de Santiago. La comisión de visita sostuvo que: “Es posible afirmar diferencias notables entre los establecimientos visitados. En la antigua Penitenciaría las carencias son indignantes; no se proporciona seguridad personal a los reclusos y muchos de ellos prefieren vivir en condiciones subhumanas por temor a ser agredidos por otros internos. No se cuenta con celdas adecuadas, baños ni ropa de cama. Los internos son mantenidos en condiciones de indignidad, y seguramente la situación descrita contribuye al estado de violencia que se advierte. En la cárcel de mujeres la situación no alcanza el nivel gravedad de los varones, pero es claramente deficitaria. La oferta de trabajo es insuficiente; se cuenta con un programa de rehabilitación de drogadictas de muy escaso impacto, pero muy bien orientado. Hay una sección con medianas condiciones para las internas que viven con hijos menores de dos años. Por el contrario, el Centro Penitenciario Santiago I impresiona positivamente; se nota seguridad y buenas condiciones generales. La población alcanzó su número máximo y se requiere mantener especial preocupación para conservar el proyecto inicial”. Véase *La Nación*, Santiago, viernes 4 de julio de 2008.

Los estándares internacionales en materia de condiciones carcelarias no sólo establecen exigencias en materia de infraestructura y servicios básicos que deben asegurarse a los reclusos. Además, dichos estándares contemplan exigencias en torno al trato que los funcionarios estatales a cargo de la reclusión deben dar a los presos. En este sentido la normativa internacional reconoce que toda persona detenida o privada de libertad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, en las manos del Estado, donde las posibilidades de malos tratos y tortura deben ser contenidas. Por ejemplo, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5, contempla: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En el mismo sentido, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Inhumanos o Degradantes, artículo 2 N° 1: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

Otras normas internacionales más específicas como “Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, son igual de claras, así el Principio I, relativo al Trato Humano, en su tercer párrafo establece:

“(a los presos) se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona”.

Bajo esta misma lógica en el sistema europeo de derechos humanos como en el americano tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5 N° 2) como la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 3) contemplan que:

“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En este sentido las cortes de derechos humanos de los dos continentes han desarrollado estos derechos con una nutrida jurisprudencia.

cia al respecto, donde se puede apreciar con claridad cuál es el alcance y sentido de la prohibición, la que cubre no sólo la prohibición de tortura física sino, también, la tortura síquica<sup>27</sup>. Más específicamente, y como lo sostenido la Corte IDH:

“Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”<sup>28</sup>.

### 1.1. Casos de tortura

De acuerdo con los antecedentes recopilados a través de la prensa y organizaciones no gubernamentales, distintos centros penitenciarios en Chile exhibirían casos de golpizas por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile, con puños, bototos, palos y sables. Una información sistematizada sobre esta materia por parte de Gendarmería de Chile o del propio Ministerio de Justicia no existe a la fecha, a pesar de solicitudes de información hechas en el pasado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales<sup>29</sup>.

#### a) CCP de Temuco

El *Diario Austral* de cuenta de la denuncia de un padre, cuyo hijo había sido objeto de tortura:

“Mi hijo, recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco, fue agredido por los funcionarios de Gendarmería en un allanamiento preventivo, agregando que los efectivos agredieron a un grupo de internos con golpes de puño y disparos de escopeta, quienes resultaron heridos. Actualmente nues-

---

<sup>27</sup> Véase a propósito de la Corte Europea de Derechos Humanos *Case of Ireland v. The United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, series A N° 25, párr.167. *Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Serie A N° 336, párr. 36. En el caso del sistema interamericano, véase CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrafos 98 a 103, en [www.idh.org](http://www.idh.org).

<sup>28</sup> CORTE IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, párrafo 60, en [www.idh.org](http://www.idh.org).

<sup>29</sup> Véase capítulo sobre libertad de expresión y acceso a información en este mismo informe.



tro hijo se encuentra en celda de castigos, prohibido de recibir visitas, sin atención médica profesional y adecuada, lo que ha visto deteriorada su salud”<sup>30</sup>.

*b) CDP Santiago Sur*

En el mismo sentido anterior, los hechos denunciados por el abogado Carlos Quezada señalan:

“Que el día 18 de enero (de 2008), en visita regular de cárcel (...) recibió la denuncia de un interno en el sentido que otro de ellos se encontraba severamente golpeado al interior de la galería número 10 del CDP Santiago Sur. Conforme a lo anterior, se solicitó al interno, el cual salio de las dependencias donde atienden los abogados con mucha dificultad, indicando que el día miércoles 16 del presente, cerca de las 16 horas, y luego de un allanamiento de rutina, fue aislado por un funcionario de gendarmería al cual reconoce perfectamente, el cual procedió a golpearlo mediante el uso de elementos contundentes y patadas en todo el cuerpo, en el suelo, provocándole una serie de lesiones que posteriormente fueron constatadas personalmente por este abogado, el cual solicitó al interno sacarse la parte superior de sus ropas, siendo evidentes los golpes que este había recibido”<sup>31</sup>.

*c) Cárcel de alta seguridad de Santiago*

Según el abogado Carlos Quezada, querellante en la causa:

“El viernes 14 de Septiembre de 2007, entre las 08:30 y 09:00 horas aproximadamente, un grupo de funcionarios de Gendarmería ingresaron a las dependencias de la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago en que habito, con el fin de realizar un allanamiento. Nos sacan de las piezas y nos conducen a un pasillo junto a otros 15 internos, nos ordenan desvestirnos y proceden a revisar la ropa. Un funcionario me pide que le

---

<sup>30</sup> “Familia presentó recurso de amparo preventivo por interno lesionado”, en *Diario Austral*, Valdivia, miércoles 12 de diciembre de 2007, p. 5.

<sup>31</sup> Según el abogado querellante, Carlos Quezada, esta causa esta siendo objeto de una investigación desformalizada, y, no obstante, la víctima se desistió de la denuncia aún no se archiva provisionalmente.

pase la ropa, la cual se encontraba en el suelo frente a mí, ante lo cual respondo que ese era su trabajo, procediendo dicho funcionario a revisar mi ropa. Termina el allanamiento, nos ordenan vestarnos y el Capitán a cargo del procedimiento, se acerca a un funcionario, conversan, luego un funcionario me lleva a la guardia interna. En dicho lugar me colocan mirando a la pared con las manos atrás, llegan varios funcionarios y me golpean con patadas en la espalda, me dejan marcas de pasta de zapatos en la espalda. Producto de los golpes caigo al suelo y los funcionarios me continúan pateando en diferentes partes del cuerpo, ante lo cual sólo atine a cubrir mi cabeza con las manos. Estando tirado en el suelo el Capitán me dice que tenía que hacer caso a todo lo que me indicaran, me dice si me gustaba hacerme el “chorito”, o si quería irme de nuevo a la máxima. Enseguida los funcionarios me regresan al patio y continúan con el allanamiento de las piezas”<sup>32</sup>.

#### *d) Complejo penitenciario Colina II*

También tuvimos acceso a una serie de hechos de tortura que tuvieron lugar en el Complejo Penitenciario Colina II el mismo día y que dada su complejidad recién ahora el Ministerio Público ha podido comenzar a formalizar a los funcionarios de Gendarmería implicados. Estos hechos acaecieron el 4 de octubre de 2006 y se dividen en tres episodios, con víctimas distintas<sup>33</sup>:

PRIMER EPISODIO: hechos formalizados el 15 de enero de 2008<sup>34</sup> por el fiscal adjunto Mauricio Gonzalez, previa querrela del abogado Carlos Quezada. Según se desprende de la formalización:

“El día 4 de octubre de 2006, siendo aproximadamente las 18:00 hrs., un grupo de reacción de Gendarmería de Chile, equipo que estuvo a cargo en aquella tarde por el Alcaide Mayor E.L.O, jefe

<sup>32</sup> Los hechos de este caso fueron entregados por el abogado querellante de la causa Carlos Quezada. Quien nos informó, en conversación del 28 de julio de 2008, que en esta causa está a cargo de la investigación la fiscal Alejandra Godoy de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte. Además nos informó que la víctima ratificó la denuncia.

<sup>33</sup> Según el abogado Carlos Quezada, las causas fueron acumuladas a la investigación RIT 2576-2006 y la investigación la llevan a cabo en el Ministerio Público de Colina. Información brindada por el abogado en conversación con el investigador Álvaro Castro el 28 de julio de 2008.

<sup>34</sup> JUZGADO DE GARANTÍA DE COLINA, RUC 0610017362-8; RIT 2575-2006.

operativo; del Alcaide 1 R.L.R., jefe del sector Sur; y el Alcaide 2 C.F.D., jefe del recorrido sur, desarrollaron un procedimiento de desalojo de diversos internos desde el piso B del modulo 3 del C.C.P. Colina II, recinto carcelario ubicado en Av. General San Martín 765, comuna de Colina. Procedimiento que tenía por objeto desalojar a un número aproximado de 25 internos, que supuestamente estaban causando desórdenes al interior del penal. Durante el referido procedimiento, este número de internos fue acopiado en el sector de la avanzada sur del referido recinto carcelario, durante el trayecto de traslado hacia la guardia interna de este grupo de reos, el interno R.Y.B, sufrió la agresión por parte de un funcionario de Gendarmería, quien lo golpeó primeramente con un elemento contundente en la boca, y tras ello, ese mismo funcionario le dio una patada en la región bucal al Sr. R.Y.B, todo ello, con el conocimiento y bajo la atenta mirada de los funcionarios individualizados, a cargo de este procedimiento, y quienes tenían la superioridad jerárquica respecto de quien efectuó esta agresión física y no obstante aquello, no adoptaron ninguna medida eficiente para evitar dicha agresión, a dicho interno, como tampoco posteriormente efectuaron ninguna diligencia conducente a la identificación precisa del autor material de la agresión. A consecuencia de la agresión física que sufrió el Sr. R.Y.B, este resultó con una herida cortante profunda, aumento de volumen del labio inferior con hematoma, fractura de la pieza 8 tercioapical de su corona, aumento de volumen del mismo lado, dolor a la palpación y movilidad de las piezas, absceso, periapical purulenta de la pieza 8, en cuanto a la evaluación máxilofacial resultó con movilidad mandibular conservada, en el examen intra oral: pieza 8 fractura coronaria extensa, lesiones que según el informe medico legal N° 2.598/07 expedido por el Servicio Médico Legal de Santiago, corresponden a lesiones de pronóstico grave, explicables por la utilización de elemento contundente que suelen sanar salvo complicaciones en un periodo de 32 a 35 días con igual tiempo de incapacidad<sup>35</sup>”.

SEGUNDO EPISODIO: el mismo día, 4 de octubre de 2006, otros veintiocho internos fueron golpeados, mojados con agua, amenaza-

---

<sup>35</sup> Audiencia de Formalización, del 15 de enero de 2008, Juzgado de Garantía de Colina, RUC 0610017362-8; RIT 2575-2006.

dos y obligados a realizar extenuantes ejercicios físicos por funcionarios de Gendarmería de Chile.

Este hecho aún no ha sido formalizado por el Ministerio Público y en la actualidad se continúa una investigación desformalizada.

TERCER EPISODIO: el querellante en esta causa, interno del Complejo Penitenciario Colina II, se encuentra actualmente internado en esta dependencia producto de que durante los días anteriores, un procedimiento de Gendarmería indicado como revisión de rutina, terminó en un nuevo incidente, en el cual el querellante señala haber recibido de parte del querellado funcionario de Gendarmería un certero golpe de pie en su zona renal, en una señal de recriminación por haber presentado una querrela criminal en su contra por los hechos acaecidos el 4 de octubre de 2006. Este golpe le provocó una serie de inconvenientes al orinar, razón por la cual y luego de cuatro días, fue trasladado al hospital penal donde se le diagnóstico una insuficiencia renal severa y resta por determinar si es crónica, lo cual sería producto de los golpes y ejercicios a los que fue obligado por este funcionario, lo cual determinaría que el querellante debiese de ser objeto de diálisis por el resto de su vida<sup>36</sup>.

Este hecho aún no ha sido formalizado por el Ministerio Público, en la actualidad se continúa una investigación desformalizada.

#### *e) Complejo penitenciario de Alto Hospicio*

Según informa la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, por resolución de fecha 30 de abril de 2007, el Excmo. presidente de la Corte Suprema, remitió al fiscal judicial de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, una presentación efectuada por los habitantes del Módulo I del Complejo penitenciario de Alto Hospicio, en la que efectúan diversos reclamos en contra del personal de Gendarmería, por maltrato físico y psicológico, falta de acceso a la escuela del establecimiento, falta de acceso a la biblioteca del penal, a actividades de culto religioso, impedimento de ser presentados a la visita semestral que efectúa la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique e, incluso, de que sea visitado el módulo en que habitan<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> El abogado querellante, Carlos Quezada, denunció este hecho el 5 de junio de 2007. Información dada por el abogado querellante el 28 de julio de 2008 al investigador Álvaro Castro.

<sup>37</sup> FISCALÍA JUDICIAL CORTE SUPREMA, Oficio N° 179, fecha 25 de mayo de 2007, p. 1. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

Según informa el fiscal judicial, el 4 de mayo de 2007 se constituyó en el Complejo penitenciario de Alto Hospicio, ocasión en que entrevistó a trece internos del Módulo I, de máxima seguridad, que estuvieron dispuestos a conversar con la visita, algunos de los cuales reiteraron sus reclamos por maltrato físico y psicológico. Además, el funcionario judicial constató, que sólo el 45% de la población penal (mil setecientos noventa y cinco internos) tiene acceso a alguna tarea específica dentro del día como actividades laborales, talleres, escuela, deportes y otros. Por último hace notar, que en este complejo a un número importante de los primerizos se encuentran en el módulo de máxima seguridad con lo cual no se les permite tener acceso a la escuela del penal y las actividades laborales y religiosas. Cuestión que para el funcionario “resulta altamente inconveniente para los internos primerizos y para los que están próximos a cumplir condena, que no reciben tratamiento adecuado para su reinserción social”<sup>38</sup>.

## 2.2. Otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

### a) Derecho al agua y derecho a la salud

Según el Comité DESC, el derecho humano al agua otorga derecho a todos a contar con agua suficiente, a precio asequible, físicamente accesible, segura y de calidad aceptable para usos personales y domésticos<sup>39</sup>. A su vez, en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados-partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados-partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho<sup>40</sup>.

### – CP de la Quinta Región

En los CP de la Quinta Región de Valparaíso la falta de agua e higiene es un hecho generalizado. Así lo informa el oficio de la fiscal

<sup>38</sup> FISCALÍA JUDICIAL CORTE SUPREMA, Oficio N° 179, fecha 25 de mayo de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>39</sup> COMITÉ DESC, Observación general N° 15 (el derecho al agua: artículo 11 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29° período de sesiones, 2002, E/C.12/2002/11.

<sup>40</sup> Véase, a su vez, Comité DESC, Observación general N° 15 (el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), 22° período de sesiones, 2000, E/C.12/2000/4.

judicial de la Corte Suprema, N° 384, al indicar que a la situación de hacinamiento de dichos recintos hay que agregar

“la falta de condiciones de higiene y salubridad, ocasionadas por la falta de agua potable, así como por el deterioro del edificio debido a la humedad del sector donde se ubica, y las filtraciones de agua lluvias. Similar situación de hacinamiento y falta de condiciones higiénicas y de salubridad, se aprecian en los demás establecimientos penales arriba mencionados”<sup>41</sup>.

También puede ilustrarse dentro de la quinta región lo sucedido en el CDP de Quillota, visitado por la fiscal judicial Jacqueline Nash el 7 de agosto de 2007, donde concluye: “celdas de castigo en pésimas condiciones de ventilación, luz e higiene”<sup>42</sup>.

#### – Complejo Penitenciario de Acha

A las mismas conclusiones llegaron en la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región de Tarapacá cuando, con fecha 8 de mayo de 2007, realizaron una visita inspectiva al Complejo Penitenciario de Acha, en la ciudad de Arica, en que constataron “deficientes condiciones sanitarias”<sup>43</sup>. En particular el problema para el fiscal judicial de la Corte Suprema subrogante Carlos Meneses es debido al

“racionamiento en el suministro de agua potable a las dependencias que ocupan los internos, celdas y patios de sol, por 2 horas al día, que se fracciona en la mañana, mediodía y tarde, normativa que la autoridad sanitaria no comparte en absoluto, porque plantea situación de riesgo para la salud de los internos”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 384, 29 de octubre de 2007, pp. 1 y 2.

<sup>42</sup> *Ibid.* Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>43</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 297, de fecha 31 de mayo de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>44</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 498, de 26 de diciembre de 2007, pp. 1 y 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

– CCP de Los Ángeles

Según la Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío, en visita efectuada con fecha 24 de octubre de 2007 al centro mencionado concluyó:

“Uno de los principales y más graves problemas sanitarios que enfrenta este penal tipificados como foco de insalubridad es la insuficiente dotación de artefactos sanitarios y el cumplimiento de la vida útil de los mismos, como así la red de aguas servidas; la vulnerabilidad al accionar y proliferación de ratas las que han construido redes de galerías y madrigueras por debajo de la loza del edificio y deterioro de la red de agua potable y falta de presión; se detectó filtraciones hacia pisos inferiores, ejemplo sector guardia, acceso principal sector escala. Ambientes constantemente invadidos por aguas servidas y/o directamente en contacto con materias fecales y orinas”<sup>45</sup>.

– Complejo Penitenciario Colina II

La falta de abastecimiento se genera en los pisos superiores de cada módulo, donde por falta de presión no llegaría el agua. Según la fiscal judicial de la Corte Suprema

“Esta circunstancia ocasiona deficientes condiciones sanitarias e higiénicas, que esta Fiscal Judicial ha hecho presente a las autoridades en diversas oportunidades, estando aun pendiente la adopción de medidas para su solución”<sup>46</sup>.

*b) Derecho a la alimentación adecuada*

En materia de alimentación los estándares internacionales establecen que: “todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y sus fuerzas”<sup>47</sup>. En el mismo sentido, Los Principios y Buenas

<sup>45</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N°502, 28 de diciembre de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>46</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 246, 3 de julio de 2007, p. 3. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>47</sup> Regla N° 21, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (n. 22).

Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, establece:

“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por ley”<sup>48</sup>.

Sobre este aspecto debemos mencionar la situación del CP de Colina II donde los reclusos reciben frecuentemente comidas que consisten en picadillos considerados por la autoridad del recinto como “carbonada”<sup>49</sup>. En torno a la manipulación de los alimentos en el transcurso del 2007 se generaron situaciones como la del CCP de Los Ángeles, donde se evidenciaron en las áreas de alimentación focos de insalubridad por obstrucción de cámara de retención de residuos grasos; hacinamiento, riesgo de accidente y que el personal manipulador no cumpliría con las normas sanitarias mínimas<sup>50</sup>.

Otra arista de esta problemática se materializa en algunos centros licitados y giran en torno a la *disminución de la calidad de los alimentos*. La calidad de los alimentos ha sido cuestionada en el CP de Alto Hospicio durante el 2006<sup>51</sup> y en otros centros durante 2007, como el CP Alto Bonito de la Décima Región. Esta denuncia ha sido formulada por la ANSOG de Puerto Montt. Los gendarmes afirman que la comida entregada por la empresa concesionada es de mala calidad, el pan es añejo y “hemos encontrado moscas, piedras y pelos en la preparación”<sup>52</sup>. Con todo, esta situación de la mala calidad de los ali-

<sup>48</sup> Regla N° 21, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (n. 22), p. 8.

<sup>49</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 380, 23 de octubre de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>50</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 502, 28 de septiembre de 2007, p. 1. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>51</sup> Véase CENTRO DE DERECHO HUMANOS, *Informe anual de derechos humanos 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, p. 46.

<sup>52</sup> *El Llanquihue*, Llanquihue, 18 de diciembre de 2007. Véase [www.ellanquihue.cl/prontus4\\_nots/site/artic/20071218/](http://www.ellanquihue.cl/prontus4_nots/site/artic/20071218/), visitada el 10 de enero de 2008.



mentos sería una situación generalizada que además se daría en las cárceles de Valdivia y en Santiago I, todas cárceles que están bajo la concesión de Compass. De hecho, esta situación llegó a su extremo cuando los funcionarios penitenciarios decidieron realizar una paralización en el ámbito nacional en diciembre de 2007<sup>53</sup>.

Finalmente, constituye un trato inhumano la forma en que en algunos Centros se entrega la comida diaria a la población penal. Por ejemplo, en el CP Colina II, donde según han dejado consignado los fiscales judiciales en el informe de la visita:

“se realiza (la entrega de la comida) llevando a cada Módulo un fondo de comida, la que es repartida de manera muy indigna en diferentes recipientes, ollas más pequeñas, recipientes plásticos, etc. Este sistema no guarda relación alguna con los actuales estándares de los servicios de alimentación destinados a grupos numerosos”<sup>54</sup>.

Análoga situación se evidenció en el CDP de Quillota donde la totalidad de internos recibirían alimentación en los patios por carencia de comedores<sup>55</sup>.

*c) Privacidad e intimidad de reclusas mujeres:  
el caso de filmaciones desnudas*

Por último debemos hacer mención de un caso de trato cruel, inhumano y degradante, que recayó en algunas internas del CP femenino de Santiago. Según la sentencia del Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago<sup>56</sup> se condenó a un grupo de funcionarios hombres de Gendarmería por grabar desnudas a las internas de la sección esperanza. A juicio del tribunal, estos hechos configuran el delito de vejación injusta contra las internas. A continuación, algunos considerandos claves de la sentencia, en los que se da cuenta de la presencia

<sup>53</sup> *El Llanquihue*, Llanquihue, 21 de diciembre de 2007. Véase [www.ellanquihue.cl/prontus4\\_nots/site/artic/20071221/](http://www.ellanquihue.cl/prontus4_nots/site/artic/20071221/), visitada el 10 de enero de 2008.

<sup>54</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 380, 23 de octubre de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>55</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N°29, 29 de octubre de 2008, p. 1. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>56</sup> Sentencia del 31 de diciembre de 2007, RIC 926-2006. Véase [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

de elementos culturales al interior de Gendarmería de Chile y que resultan de profunda preocupación para los derechos de todos los reclusos –y particularmente de las mujeres– al interior de recintos penitenciarios en Chile:

“No obstante la normativa (Constitución, Tratados internacionales, reglamento), parece que existen determinados elementos enquistados en la cultura institucional que no permiten que dicha normativa sea del todo operativa. *Aparece cierta idea de propiedad o dominio sobre los internos.* La testigo A.M expresa, al explicar su temor de declarar, que dicen que ella ‘pertenece’ a la casa. Este sometimiento vuelve vulnerables a los internos ‘porque las ordenes deben cumplirse’, como lo señala la testigo C.H<sup>57</sup>. –Luego continúa–. Las privadas de libertad del patio Esperanza no sólo eran pobres sino también desvalidas. Las condiciones de su privación de libertad constituían un caldo de cultivo para abusos como los que se han conocido en esta causa<sup>58</sup>”.

Por último la sentencia explica:

“La imagen descrita por las testigos muestran al Gendarme Damiano observando la desnudez de las internas que son registradas, desde el descanso de la escalera, burlándose de la apariencia física de las internas mayores y disfrutando la observación de las más agraciadas con un napoleón en la mano, amenazando con cortar la lengua a las que reclamaban, a vista y paciencia de sus compañeras del servicio que se encargaban del registro corporal, es reveladora de una visión que contrasta con la que emana del análisis de la normativa citada y que sólo es posible en la medida que existan condiciones que aseguren impunidad. Damiano y Mella no sólo no son sancionados, como correspondía, conforme a la normativa. Por el contrario, se les propone una anotación de mérito. Aparentemente son un ejemplo seguir<sup>59</sup>”.

#### *d) Aplicación arbitraria de castigos*

Los estándares internacionales en esta materia buscan asegurar en la aplicación de la sanción administrativa el respeto al debido proceso.

<sup>57</sup> Sentencia del 31 de diciembre de 2007, RIC 926-2006. Considerando duodécimo.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

En este sentido, los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los privados de libertad, contemplan la necesidad de reconocer que el imperio de la ley no se acaba en las puertas de la prisión y la importancia de que cada uno de los casos de infracción deba ser visto ante una autoridad competente que asegure independencia judicial y de mayores probabilidades de que se sigan procedimientos adecuados y sanciones justas y proporcionadas<sup>60</sup>.

La Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros, estimó que:

“es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

Además,

“en cualquier materia, inclusive la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administradores. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Por último, y de forma categórica: “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”<sup>61</sup>.

Siguiendo estas lógicas, durante 2006 se realizaron reformas al Reglamento Penitenciario tendientes a controlar la aplicación de la sanción más grave: celda de aislamiento<sup>62</sup>. La reforma se centró en

---

<sup>60</sup> Andrew COYLE, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Londres, International Centre for Prison Studies, Kings College London, 2002, pp. 76-77.

<sup>61</sup> CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72, párrafo 124, en [www.idh.org](http://www.idh.org)

<sup>62</sup> En nuestro derecho interno, la norma que regula el régimen penitenciario es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, contenido en el DS N° 518 del Ministerio de Justicia, dictado el 22 de mayo de 1998 y publicado en el *Diario Oficial* con fecha 21 de

lo siguientes puntos: plazo máximo de duración, asegurar las condiciones materiales de las celdas y asegurar una fiscalización de la aplicación por parte de los jueces de garantía. En efecto, producto de la reforma legal de abril de 2006, contenidas en el decreto N° 1.248, se fortalecieron en el Reglamento Penitenciario las garantías en la aplicación de la sanción administrativa, reduciéndose los días en que la máxima sanción, la celda de aislamiento, puede durar. Según la modificación la duración máxima de la sanción no puede exceder de *diez días*, agregando que el

“Alcaide del establecimiento certificará que el lugar donde se cumplirá esta medida reúne las condiciones adecuadas para su ejecución, y el médico o paramédico del establecimiento certificará que el interno se encuentra en condiciones aptas para cumplir la condena”.

Además de lo anterior, el reglamento contiene otros mecanismos de control que establecen que

“la repetición de toda medida disciplinaria deberá *comunicarse al juez del lugar de reclusión antes de su aplicación*, quién sólo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del interno”,

agregando que tratándose de personas sujetas a prisión preventiva, la aplicación de cualquiera de las medidas disciplinarias deberá ser informada inmediatamente al tribunal que conoce de la causa<sup>63</sup>.

Según oficios de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema<sup>64</sup> esta normativa se vulneraría con frecuencia, resultando común encontrarse casos en los cuales se aplican sanciones de forma reiterada y donde no se da comunicación por parte del alcaide al juez competente. También se han materializado casos en los cuales el límite de diez días no es respetado por la aplicación múltiple de sanciones que en el transcurso de un mes alcanzan más de veinte días. Por último,

---

agosto del mismo año. En concreto, dicho reglamento sistematiza toda la actividad penitenciaria y por su puesto el régimen de aplicación de castigo.

<sup>63</sup> Véase artículo 87 del Reglamento Penitenciario, decreto N° 518, de Justicia, del año 1988.

<sup>64</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 60, 26 de febrero de 2008, p. 1. Oficio N° 273, 20 de julio de 2007, p. 2. Oficio N° 102, 11 de abril de 2007, p. 2. Oficios entregado por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema al autor con fecha 7 de marzo de 2008.

se habrían generado situaciones en que la exigencia de control por parte de un médico o paramédico que certifique el estado del interno tampoco se ha cumplido.

A continuación describiremos algunos casos acaecidos durante el 2007 e inicios del 2008 e esta materia:

– CDP y cumplimiento penitenciario de Linares

El fiscal judicial de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, informó de la visita que efectuó el día 7 de febrero de 2008 al CDP y cumplimiento penitenciario de Linares. En esa ocasión, remitió un listado de internos condenados e imputados, a quienes durante el año 2007 se les aplicó la sanción de internación en celda solitaria, existiendo *reiteración del castigo en cuarenta y cuatro casos*. Señala, además, que el juez del Segundo Juzgado de Letras de Linares y el juez presidente del Juzgado de Garantía, le informó que no se les comunicó por parte del señor alcaide la reiteración de la sanción, previo a su aplicación<sup>65</sup>.

– CCP Colina II

El fiscal judicial de la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago consultó al alcaide del CP Colina II si la reiteración de castigos fue aprobada previamente por resolución fundada del juez del lugar. El señor alcaide de Colina II, mediante oficio N° 2.906, de 10 de julio de 2007, informó que en el caso de internos rematados, *no se comunicó la reiteración de sanciones administrativas al juez del lugar*. Además, el fiscal judicial observó que por la vía de la reiteración de la sanción, se han aplicado al menos *veinte días* de internación en celda solitaria en un mes a seis internos de Colina II<sup>66</sup>.

– CCP de Punta Arenas

El fiscal judicial de la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, constató que de las circunstancias en que se sancionó con internación en celda solitaria a un interno, aparece que para la aplicación de la sanción no se tuvo en cuenta las características del interno, es decir, su

---

<sup>65</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 60, 26 de febrero de 2008, p. 1. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>66</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 273, 20 de julio de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

condición de *discapacitado mental*. De este modo, no se dio cumplimiento a las disposiciones del Reglamento de Establecimiento Penitenciario, artículo 81 letra K), que dispone: “que el médico o paramédico del establecimiento certificará que el interno se encuentra en condiciones aptas para cumplir la medida”. Por su parte, el jefe del establecimiento no dio cabal cumplimiento a la disposición del artículo 82 del Reglamento, que señala que debe proceder teniendo a la vista los antecedentes, de modo “que el castigo sea justo tanto en su drasticidad como en su duración y considerando las características del interno”<sup>67</sup>.

### III. LOS DERECHOS HUMANOS DE CIERTOS GRUPOS VULNERABLES AL INTERIOR DE CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CHILE

Como hemos podido constatar, el sistema penitenciario chileno exhibe algunos graves problemas respecto a su capacidad efectiva para dar solución al hacinamiento y a las prácticas de malos tratos y tortura de la población reclusa adulta en general. A continuación, se presenta un análisis algo más detallado sobre el respeto y garantía de los derechos de dos grupos vulnerables al interior de los centros de privación de libertad en Chile: las personas viviendo con VIH/SIDA y los adolescentes privados de libertad en virtud del sistema de responsabilidad penal adolescente.

Los adolescentes, las mujeres, los discapacitados, los ancianos, enfermos mentales, los extranjeros (particularmente inmigrantes en situación irregular), los portadores de VIH y las minorías sexuales privadas de libertad constituyen grupos en los cuales las consecuencias de la privación de libertad suelen ser más agudas que en el caso de la población penitenciaria en general. En virtud de lo anterior, los Estados se ven obligados a otorgar una protección especial o adicional a estos grupos vulnerables. Esta particularidad es recogida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, además de las regulaciones generales, ha desarrollado estándares específicos para cada uno de estos grupos con el objetivo de amortizar las secuelas que la privación de libertad puede dejar en ellos<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA, Oficio N° 102, 11 de abril de 2007, p. 2. Oficio en poder del autor, entregado por la fiscal judicial de la Corte Suprema con fecha 7 de marzo de 2008.

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113,

*1. Los derechos de las personas viviendo con VIH/SIDA  
al interior de los centros de privación de libertad en Chile*

En el interior de las cárceles hay una serie de riesgos latentes que deben ser contenidos por el Estado y las instituciones a cargo de la ejecución penal. Estos riesgos giran en torno a peleas entre internos, la aplicación de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de los funcionarios penitenciarios y la transmisión de enfermedades. Todos estos peligros deben ser prevenidos razonablemente por el Estado, para lo cual debe adoptar una serie de estrategias para controlarlos.

La transmisión de enfermedades es una dimensión de la vida carcelaria que debe ser enfrentada por las instituciones a cargo de la ejecución penal, las que deben desarrollar estrategias para asegurar la salud de los presos y del personal penitenciario. En este sentido, una serie de instrumentos internacionales específicos exponen con mayor claridad lo que implica la prestación de atención sanitaria a la que están obligadas las administraciones penitenciarias.

En materia de salud y control de enfermedades, las autoridades penitenciarias son responsables de tres cosas. La primera, de asegurar que las condiciones de encarcelamiento no afecten la salud física y mental de los reclusos como la de los funcionarios. Así, las Reglas mínimas para el Tratamiento de reclusos de Naciones Unidas<sup>69</sup>, Regla 10, es clara al contemplar que:

“Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado y ventilación”.

La segunda obligación de los estados es la de garantizar que los reclusos tengan acceso a instalaciones médicas disponibles, lo que implica,

---

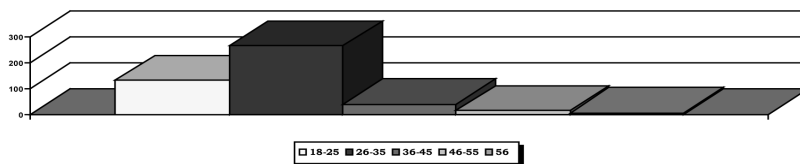
de 14 de diciembre de 1990. Principios sobre la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Declaraciones de la Asamblea Médica Mundial de Hamburgo (noviembre de 1997), de Helsinki (junio de 1964 y sus enmiendas de 1975, 1983, septiembre de 1989, octubre de 1996, octubre de 2002), de Malta (septiembre de 1992) y de Tokio (octubre de 1975). En <http://www.un.org/spanish/hr>

69 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (n. 22)

según el principio 24, del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas<sup>70</sup>: “Un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso y, posteriormente”. Y tercero, desarrollar un programa educacional y médico sobre la forma de protección de las enfermedades contagiosas<sup>71</sup>.

Según datos de Gendarmería de Chile, desde 1987 al primer semestre de 2007, se han realizado 82.792 *test* de Elisa y se han confirmado un total de trescientos noventa y ocho *test* positivos en este período. El número de personas reclusas con VIH gira en torno a *ciento cuarenta y seis*, de las cuales, setenta y nueve son de regiones y sesenta y siete de la RM. De esta cifra, ciento treinta y seis son varones y diez mujeres.

En torno a las edades, el mayor porcentaje de los contagiados se encuentra en el rango de los dieciocho a los treinta y cinco años, destacando como mayoritario los veintiséis-treinta y cinco años<sup>72</sup>. Véase el siguiente gráfico:



Las estadísticas señalan, además, que el 63,9% de la población es homosexual, el 15,6% es heterosexual y el 20,5% es bisexual<sup>73</sup>. Por último, el 31,5% de las personas contagiadas se encuentra reclusa, el 48,5% se encuentra en libertad, el 18,1% fallecidos y el 1,9% ha sido beneficiado con el indulto<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, en <http://www.unhchr.ch/spanish/htm>.

<sup>71</sup> Véase Regla 26.1 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (n. 22).

<sup>72</sup> Estadísticas Gendarmería de Chile. Información entregada en el II Seminario Latinoamericano de Salud Penitenciaria, Olmué, noviembre de 2007. Estas estadísticas fueron citadas en la exposición: “Situación y estrategias de control del VIH/SIDA en las cárceles de Chile y participación del Ministerio de Salud” por María Soledad, jefa programa nacional VIH-SIDA de Gendarmería. Información en poder del autor.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*



*a) Falta de información estadística precisa*

Uno de los núcleos problemáticos fundamentales de la población viviendo con VIH/SIDA al interior de las cárceles en Chile se relaciona con la falta de información estadística precisa. Según la ONG AKI, Gendarmería de Chile estaría realizando un seguimiento que giraría en torno al número de personas con VIH en el interior de las cárceles, número de *test* de Elisa que se han efectuado y características de la población infectada<sup>75</sup>. Información sin duda relevante, pero que no es más que el punto de partida y que no permite saber si la epidemia se controla adecuadamente. Por ejemplo, resulta difícil saber con certeza el porcentaje de personas privadas de libertad viviendo con VIH que acceden oportunamente a tratamientos indicados de antiretrovíricos de combinación; el porcentaje de personas privadas de libertad que se han realizado el *test* de VIH en los últimos 12 meses; la forma en que se administra tratamiento de antiretrovirales de combinación, la forma en que se llevan a cabo las relaciones sexuales informales dentro de la cárcel; el número de mujeres embarazadas privadas de libertad viviendo con VIH que acceden a tratamientos para reducir el riesgo de transmisión vertical o el número de personas contagiadas en el interior de la cárcel que salen al medio libre.

En este sentido, Krischna Sotelo de la ONG AKI, explica que:

“Hoy no existe una metodología que permita indagar qué pasa en el sistema carcelario, más ahora que tenemos una sobrepoblación de personas privadas de libertad, a la que tenemos que sumar dos sistemas: uno público y uno concesionado sobre el cual hay una zona oscura de cómo hacemos el seguimiento del cumplimiento de las políticas sanitarias”<sup>76</sup>.

El desafío estatal parece estar radicado en el cumplimiento de la “Guía de Indicadores para el Monitoreo de Programa de Sida en Recintos Penitenciarios”<sup>77</sup>. Éste es un desafío que, según Leonardo Arenas de la ONG AKI: “permitirá que el Estado demuestre que realmente está

---

<sup>75</sup> Opinión de la ONG AKI, vertida por sus representantes Krischna Sotelo y Leonardo Arenas, en entrevista realizada el 18 de enero de 2008 por el investigador Álvaro Castro.

<sup>76</sup> *La Nación*, Santiago, jueves 29 de noviembre de 2007, p. 22.

<sup>77</sup> Estos indicadores son la sistematización detallada de los compromisos nacionales e internacionales que se han adquirido para combatir el sida en las cárceles y se dividen en tres categorías: de acción nacional, de atención y de prevención, y espera que los servicios competentes completen la información requerida con el propósito de hacer un balance en el transcurso del 2008. Véase: <http://www.asosida.cl/sitio/>

cumpliendo con sus compromisos y si no lo está haciendo que diga que no”<sup>78</sup>.

#### *b) Medidas de prevención insuficientes*

Como se desprende de estadísticas de Gendarmería de Chile, se distribuyeron durante el 2007 más de setenta mil seiscientos condones a los recintos penitenciarios<sup>79</sup>. Con todo, existen serias dudas sobre la distribución efectiva a los internos y sobre el uso de estos. En este sentido hay que tener presente un aspecto cultural de nuestras cárceles que se vincula con las relaciones sexuales al interior de los recintos. Existe una cifra oscura en torno a las relaciones sexuales informales dentro de las cárceles que se genera fuera del control de Gendarmería de Chile. Según la opinión de la ONG AKI, los internos no tienen la costumbre de pedir preservativos y según su experiencia en las relaciones sexuales informales estos no son utilizados<sup>80</sup>. La misma inquietud hay que manifestar en torno al uso de drogas en el interior de las cárceles, donde existe una cifra oscura que no nos permite hacer un análisis preciso sobre los reales niveles de prevención y posibles niveles de contagio a través de esa vía<sup>81</sup>. En todo caso, estos aspectos son claves si se tiene presente que según Gendarmería de Chile las razones de contagio giran en torno a las drogas y el contacto sexual. El 24,4% se habría contagiado producto de las drogas y el 76,6%, por contacto sexual<sup>82</sup>.

#### *b) Falta cobertura médica de adolescentes infractores*

Debemos mencionar que las medidas de prevención; realización de exámenes y entrega de medicamentos no se extendería a los adolescentes privados de libertad. En este sentido, los adolescentes privados de libertad se encuentran en absoluta indefensión en torno a esta enfermedad infectocontagiosa. En efecto, según UNICEF, en materia de salud no existirían estrategias de prevención ni de control de enfermedades de transmisión sexual y de embarazos al interior de los centros de privación de libertad. A esto debe sumarse la ausencia de un control profesional en el suministro de medicamentos a los jóvenes<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> *La Nación*, Santiago, jueves 29 de noviembre de 2007, p. 22.

<sup>79</sup> Estadísticas Gendarmería de Chile... (n. 72).

<sup>80</sup> Opinión de la ONG AKI... (n. 75).

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Estadísticas Gendarmería de Chile... (n. 72).

<sup>83</sup> *El Mercurio*, Santiago, 27 de abril de 2008. Véase [blogs.elmercurio.com/reportajes/2008/04/27/alarmante-informe-de-unicef-so.asp-36-](http://blogs.elmercurio.com/reportajes/2008/04/27/alarmante-informe-de-unicef-so.asp-36-)

*d) Escasa aplicación de indultos*

Según se puede advertir de las estadísticas de Gendarmería de Chile<sup>84</sup>, sólo el 1.9% de las personas contagiadas y que se encuentran reclusas, han sido beneficiadas por el indulto. En este punto no debe olvidarse que Directrices de la OMS sobre la infección por el HIV y el Sida en las cárceles, contemplan que:

“51. Si ello fuese compatible con las consideraciones de seguridad y con los procedimientos judiciales, se debería otorgar a los reclusos con SIDA avanzado la libertad anticipada, en la medida de lo posible, para facilitar el contacto con sus familias y amigos, y permitirles enfrentar la muerte con dignidad y en libertad”<sup>85</sup>.

*2. Los derechos de los adolescentes privados de libertad al interior del sistema penitenciario chileno*<sup>86</sup>

En junio de 2008 se cumplió un año de la entrada en vigencia de la ley N° 20.084 (que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal). Como se documenta a continuación, a pesar de los anuncios originales hechos por el Estado en torno a los efectos de la ley en el goce y ejercicio de los adolescentes privados de libertad en Chile, las condiciones efectivas de respeto a los derechos de esta población al interior de los centros de privación de libertad, no ha variado significativamente. El conjunto de casos presentados a la justicia, denuncias a organismos internacionales sobre violaciones a los derechos humanos de los adolescentes, decesos en el interior de los recintos y algunos errores del Estado en la entrega de información, hacen que el funcionamiento del sistema esté en tela de juicio. Además, lo anterior tiene lugar en el contexto de violación de derechos fundamentales sistemáticas que giran en torno a prácticas de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes que cruzan el sistema penitenciario juvenil.

---

<sup>84</sup>Estadísticas Gendarmería de Chile...(n. 72).

<sup>85</sup>Véase <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf>. Visitada el 8 de julio de 2008.

<sup>86</sup> Se agradece en este apartado los comentarios del abogado Julio Cortéz.

*a) Estándares internacionales aplicables a adolescentes privados de libertad*

La privación de libertad en general constituye un estado complejo respecto del cual se deben adoptar una serie de resguardos tendientes a evitar abusos, tortura y contagio de enfermedades. Ahora bien, en materia de adolescentes privados de libertad, estas obligaciones se hacen más intensas. Tanto la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>87</sup> como las Normas Mínimas para los Adolescentes Privados de Libertad<sup>88</sup>, imponen un derecho reforzado para los adolescentes en materia carcelaria. Esto implica en la práctica una especial carga a la hora de materializar los objetivos de educación, debido proceso, salud, personal especializado, segregación, uso de la fuerza e infraestructura respecto de aquellos adolescentes privados de libertad por el Estado.

En concreto, tres son los ejes fundamentales que debe contemplar un sistema de justicia criminal juvenil en un Estado democrático, respetuoso de los derechos fundamentales. Primero, el sistema de justicia criminal debe darles a los adolescentes un trato humanitario y respetuoso, acorde a la consideración de la dignidad inherente a la persona. Este trato implica la prohibición de la tortura<sup>89</sup> y del encarcelamiento arbitrario o ilegal<sup>90</sup>. Segundo, las respuestas que diseñen los sistemas de justicia criminal deben propender a la integración del adolescente a la sociedad. Así, el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas establece que el tratamiento jurídico dado al niño debe fomentar su sentido de la dignidad personal, fortalecer el respeto por los derechos y libertades de terceros y propender a su integración constructiva en la sociedad<sup>91</sup>. Por último, un sistema de justicia criminal respetuoso de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones, considera a la sanción privativa de

---

<sup>87</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En [www.oncr.org/spanish/index.htm](http://www.oncr.org/spanish/index.htm).

<sup>88</sup> *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. En <http://www.unhchr.ch/spanish/html>.

<sup>89</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Artículo 37 letra a) señala que: "Ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". En [www.oncr.org/spanish/index.htm](http://www.oncr.org/spanish/index.htm).

<sup>90</sup> Convención sobre los Derechos del Niño... (n. 87), Artículo 37 letra b).

<sup>91</sup> *Op. cit.*, Artículo 40 N° 1.

libertad como *último recurso*<sup>92</sup>, cuestión que implica para el Estado el desafío de diseñar otras sanciones alternativas a la privativa de libertad que deben tener aplicación preferente.

A su vez, y en materia de *ejecución de la sanción penal*, los estándares internacionales establecen para los Estados una serie de exigencias concretas que van más allá que las contempladas para los adultos. Lo anterior, a la luz del profundo impacto que genera en el adolescente la privación de libertad y el logro de objetivos rehabilitadores. Atención especial que explica la preocupación de las Naciones Unidas en elaborar un conjunto de reglas para “La protección de los menores privados de libertad”.

Sobre éste punto vale la pena recordar que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha realizado una serie de observaciones al Tercer Informe Periódico de Chile sobre la situación de los niños y adolescentes de nuestro país<sup>93</sup>. En lo relativo a la administración de la justicia juvenil, el Comité observó la necesidad que el Estado chileno:

“Asegure que la privación de libertad es usada sólo como una medida de último recurso. Cuando sea usada como último recurso, las instalaciones deben cumplir con los estándares internacionales.

Tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todas las personas menores de 18 años privadas de su libertad estén separadas de los adultos, en conformidad con el artículo 37 letra c) de la Convención.

Establezca un sistema independiente, entendible y accesible por los niños, para la recepción y procesamiento de reclamos por los niños e investigue, persiga y castigue los casos de infracciones de la ley cometidos por el personal encargado de hacer cumplir la ley y los guardias de las prisiones.

---

<sup>92</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (n. 87), artículo 37 letra b).

<sup>93</sup> Es importante precisar que el Comité encontró severos problemas que continúan en el país. Las recomendaciones giran en torno a no discriminación; maltrato físico y sexual de los niños dentro y fuera de la familia; la disparidades entre regiones en materia de acceso a la salud, la salud reproductiva, los niños refugiados, la explotación sexual y la trata de niños y la justicia de menores. Para un análisis de estas observaciones en general, Cecilia MEDINA, “La situación de los niños y adolescentes en Chile a la luz de las Observaciones del Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas al Tercer Informe Periódico de Chile”; en *Anuario de Derechos Humanos*, N°4, Santiago, Universidad de Chile, Facultad Derecho, Centro de Derechos Humanos, junio de 2008 p. 199 y ss. En <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2008.tpl>

Proporcione capacitación a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, personal penitenciario, jueces, abogados, fiscales, defensores públicos, personal de salud, trabajadores sociales y otros que lo requieran, sobre los derechos de los niños y sus necesidades especiales”<sup>94</sup>.

*b) Contexto previo a la entrada en vigencia de la ley N° 20.084*

Al cierre del capítulo sobre Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos del *Informe sobre derechos humanos en Chile 2007. (Hechos 2006)* se hacía presente las dudas sobre la existencia de condiciones institucionales adecuadas para la efectiva implementación del nuevo sistema penal juvenil en Chile, particularmente en materia de respeto y garantía de los derechos de los adolescentes privados de libertad<sup>95</sup>. Como es bien sabido, dicha preocupación se fundamentaba en dos sendos informes emanados de una comisión de expertos, constituida con el objetivo de verificar aquellas condiciones necesarias para la puesta en marcha de tal reforma. En un primer informe, la comisión de expertos indicaba que: “el sistema no está listo para operar y sus carencias son de tal trascendencia que se pone en serio riesgo la consecución de los fines perseguidos por el Legislador”<sup>96</sup>. Esta opinión fue mantenida en un segundo informe en el que se señala que:

“La Comisión reitera la preocupación manifestada en el Primer Informe y posterior presentación en el Congreso Nacional, sobre el estado de implementación de la ley, la que se ve acrecentada por el breve plazo que resta antes de su aplicación. Para esta Comisión, y de acuerdo a los antecedentes tenidos en consideración, a la fecha no se dan las condiciones mínimas necesarias desde el punto de vista del texto legal, y no es posible garantizar que la infraestructura, el estado de los programas y la administración general del sistema permitan

---

<sup>94</sup> Comité de los derechos de los niños, crc/c/chl/co/3; 2 febrero 2007; sesión 44; consideración de los informes enviados por los estados parte bajo el artículo 44 de la convención; Observaciones finales: Chile. p. 17. Véase [http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/7-Section\\_Nacional/1Medina\\_cecilia/Comité\\_Derechos\\_ninno.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/7-Section_Nacional/1Medina_cecilia/Comité_Derechos_ninno.pdf). Visitada el 15 de julio de 2008.

<sup>95</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 51), p. 213 y ss.

<sup>96</sup> Primer Informe de la Comisión de Expertos sobre Responsabilidad Penal Adolescente, octubre de 2006, p. 8. Véase <http://comisiondeexpertosrpa2.blogspot.com/>. Visitada el 5 de mayo de 2008.

una adecuada puesta en funcionamiento integral de la justicia penal adolescente en junio próximo”<sup>97</sup>.

En ese escenario, y en propia opinión de la comisión de expertos, se hacía del todo desaconsejable la puesta en marcha del nuevo sistema<sup>98</sup>. Con todo, el gobierno de Chile decidió avanzar en la implementación del nuevo sistema de justicia penal juvenil, el que, como se indicó, entró en operaciones en el mes de junio de 2007. En dicha ocasión, el ministro de Justicia de Chile, Claudio Maldonado, indicó que era preferible para el país que la ley entrara en vigencia el 8 de junio. Más precisamente, el ministro de Justicia sostuvo que:

“Creemos que tal determinación producirá beneficios para la ciudadanía, en términos de que efectivamente comenzará a haber responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan (...) Por otra parte, establecida la responsabilidad penal de un adolescente, se abrirán para él oportunidades de rehabilitación y reinserción que, sin ser las óptimas que se pretenden y por las cuales seguirá trabajando el Gobierno para alcanzarlas en el mediano plazo, a lo menos, serán claramente superiores a las de hoy”<sup>99</sup>.

*c) Implementación del sistema penal juvenil y derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile*

A continuación se pasa revista a algunos de los hechos más graves en materia de violaciones a los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile. Tal revisión no es exhaustiva, ni podría serlo. A la fecha del cierre de este *Informe...*, el Estado de Chile no ha proveído de informe general alguno sobre el estado efectivo de los derechos de

<sup>97</sup> Segundo Informe de la Comisión de Expertos sobre Responsabilidad Penal Adolescente, abril de 2007, p. 21. Véase <http://comisiondeexpertosrpa2.blogspot.com/>. Visitada el 5 de mayo de 2008.

<sup>98</sup> Por ejemplo, como alternativa se había propuesto dos opciones. Primero una nueva postergación y como segunda, promovida por la comisión de expertos, un funcionamiento gradual basado en el rango etario, dejando para una primera fase a los jóvenes de dieciséis y diecisiete años, y para una segunda, que comenzaría en una fecha que debería determinarse a partir de una propuesta del Ministerio de Justicia con compromisos precisos de implementación, que incorporara a los adolescentes de catorce y quince años. Véase Segundo Informe..., *op. cit.*, p. 21.

<sup>99</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislatura 355ª. Sesión 26ª, en martes 15 de mayo de 2007. Ordinaria, de 11.07 a 16.07 horas, en <http://www.camara.cl/boletin/doc.aspx>.

los adolescentes privados de libertad en Chile bajo el nuevo régimen legal. Ni el Ministerio de Justicia de Chile ni el SENAME, mantiene un catastro conocido sobre las más graves violaciones a los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile ni sobre el número exacto de sumarios administrativos y acciones legales seguidas en contra de funcionarios del SENAME o de Gendarmería de Chile por violaciones a los derechos de adolescentes privados de libertad, incluidos actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta omisión, por sí misma, importa la violación de la obligación del Estado de Chile de garantizar acceso a información de interés público sobre una materia fundamental para el correcto funcionamiento del orden público constitucional y sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ambos instrumentos ratificados por Chile y plenamente vigentes.

### *3. Muerte de adolescentes privados de libertad: la tragedia de Puerto Montt*

La noche del domingo 20 de octubre de 2007, un motín y un incendio en el Centro de Rehabilitación Conductual del SENAME “Tiempo de crecer”, de Puerto Montt, terminó con diez adolescentes muertos. El incendio habría sido originado por los jóvenes entre las 21:30 y 22 hrs, quienes, al parecer, reaccionaron contra los educadores de trato directo que les ordenaron ir a dormir. Una vez comenzado el fuego, éste se les habría escapado de las manos. Según la información entregada por los medios de comunicación, los adolescentes huyeron hacia el baño pero las ventanas en ese lugar eran demasiado pequeñas para los diez internos, que quedaron encerrados, muriendo quemados por las llamas. Entre tanto, los monitores de trato directo del centro habrían escapado por las ventanas de las oficinas, para regresar por la parte de adelante con extintores. Sin embargo, como indicó la educadora de trato directo Filomena Rebolledo: “(...) había tanto humo que era imposible moverse”<sup>100</sup>.

Según información otorgada por los padres de los jóvenes y familiares que llegaron la noche de los hechos para constatar el estado de los menores de los otros módulos, Bomberos y Gendarmería de Chi-

---

<sup>100</sup> *El Mercurio*, Santiago, martes 23 de octubre de 2007, p. C-9.



le habrían reaccionado tarde<sup>101</sup>. En el mismo sentido, la educadora de trato directo Rebolledo explicó que:

“Bomberos no podía ingresar porque no llegaba su comandante. Cinco veces les dijo el jefe técnico que pasaran. Y una vez yo. Llegué desesperada a pedirles por favor entren, que los cabros se están muriendo”<sup>102</sup>.

Respecto de la tardía llegada de Bomberos, el comandante Martín Ercoreca señaló a la prensa que sólo recibieron el llamado pasadas las 23:27 hrs. Además, recalcó que el ingreso a un penal tiene algunas características, como el apoyo de carabineros o gendarmería para no ser atacados en medio del motín<sup>103</sup>.

– *Información en manos del SENAME, previa a la muerte de los adolescentes en Puerto Montt*

Días después de la muerte de los diez adolescentes, los medios de comunicación publican documentos emitidos en agosto del 2007, un par de meses antes de la tragedia, donde la dirección del SENAME de la Décima Región advierte a la dirección nacional del SENAME faltas disciplinarias y falencias en seguridad. El primer documento, fechado el 13 de agosto de 2007 y titulado “Evaluación de centros SENAME de la X Región”, daría a conocer una serie de problemas de gestión interna que estaban impactando en la seguridad,

“al punto que se pide evaluar la continuidad del equipo directivo del centro, así como también se hace ver la necesidad de mejorar las condiciones de seguridad del recinto. Por ejemplo, se hacen observaciones por las condiciones de salidas de emergencias, las garitas de control, la tecno-vigilancia, el cierre perimetral y la iluminación interna. Además se plantea revisar y cambiar la red húmeda del establecimiento”<sup>104</sup>.

El segundo documento, fechado el 14 de agosto de 2007 y redactado por la ex directora regional de la institución, Antonella Muñoz, denuncia serias faltas e indisciplinas cometidas por gendarmes del

---

<sup>101</sup> *La Segunda*, Santiago, miércoles 24 de octubre de 2007, p. 4.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *El Mercurio*, Santiago, martes 23 de octubre de 2007, p. C-9.

<sup>104</sup> *El Mercurio*, Santiago, jueves 1 de noviembre de 2007, p. C-9.

establecimiento. Según consigna el diario *El Mercurio*, el informe revelaría que el personal de Gendarmería se presentó supuestamente a trabajar en manifiesto estado de ebriedad a cumplir funciones de control de garitas<sup>105</sup>.

*– Medidas adoptadas por el Estado de Chile con posterioridad a la muerte de los diez adolescentes en Puerto Montt*

Una primera línea de respuestas a lo ocurrido en Puerto Montt vino de parte de algunos políticos que responsabilizaron políticamente al ministro de Justicia por los hechos, como las manifestadas por el diputado Carlos Latorre y los senadores Jorge Pizarro y Alejandro Navarro. “Todo el mundo sabe que el Ministro Maldonado apuró la implementación de un sistema más allá de lo razonable y no sé si este lamentable suceso tiene que ver con esa decisión”, indicó el diputado Carlos Latorre<sup>106</sup>. A su vez, el senador Jorge Pizarro sostuvo que:

“Este es un hecho que ha causado conmoción pública, es un hecho gravísimo en una institución que depende del Ministerio de Justicia y de la cual se ha venido analizando hace bastante tiempo, así es que lo mejor es detectar las responsabilidades y se tienen que asumir”<sup>107</sup>.

Finalmente, el senador Alejandro Navarro sugirió que:

“Lo peor que puede ocurrir es eludir las responsabilidades; cada servicio, y particularmente el Ministerio de Justicia, tiene que evaluar con transparencia el rol que ha jugado en este proceso y asumir sus responsabilidades”<sup>108</sup>.

A pesar de estas declaraciones, el ministro de Justicia de la época, Carlos Maldonado, mantiene su posición en el cargo.

Una segunda línea de respuesta estatal a la tragedia de Puerto Montt la constituyó la instrucción de un sumario administrativo por parte del SENAME. Este sumario ha sido llevado a cabo por la jefa del departamento de Responsabilidad Penal Juvenil del SENAME,

<sup>105</sup> *El Mercurio*, Santiago, jueves 1 de noviembre de 2007, p. C-9.

<sup>106</sup> *El Mercurio*, Santiago, jueves 25 de octubre de 2007, p. C-9.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

Fanny Pollarolo, quien debió determinar, los orígenes y responsabilidades en las muertes de los adolescentes en el Centro de Interacción Tiempo de Crecer, del SENAME, en el incendio del 20 de octubre<sup>109</sup>. En los hechos la investigación se ha prolongado hasta la fecha de cierre de éste capítulo y aún se desconocen los resultados del sumario<sup>110</sup>. Por último, debemos informar que la búsqueda de la responsabilidad administrativa no ha estado exenta de polémicas, debido a cuestionamientos en torno a la real determinación de responsabilidad en las autoridades superiores. Por ejemplo, Jaime Gatica, abogado querellante de las víctimas del incendio, afirmó: “este es un tema bastante delicado y esperamos que el Gobierno no le quite “el pote a la jeringa”, ya que Chile tiene una triste historia de muertes dentro de recintos de esta índole.

“Aquí la responsabilidad es de autoridades superiores, queremos que se investigue hacia arriba, ya que las deficiencias fueron advertidas por los funcionarios. Tenemos una historia larga desde el año 2001 en Iquique con 26 muertos, en Temuco, San Miguel y nunca ha pasado nada, por lo menos aquí se le está poniendo el cascabel al gato. Aquí el responsable es el Estado”<sup>111</sup>.

Una tercera línea de actuación estatal respecto de la tragedia de Puerto Montt estuvo constituida por la intervención de los tribunales de justicia frente a las denuncias de graves condiciones de privación de libertad de los adolescentes reclusos en dicho centro. Casi un mes después de las muertes, producto de la interposición de un recurso de amparo interpuesto por a favor los menores que aún estaban internados, se efectuó la inspección de la magistrada Teresa Mora, la cual concluye:

---

<sup>109</sup> <http://blogs.elmercurio.com/actualidad/2007/10/23/sename-abre-sumario-por-la-tra.asp>

<sup>110</sup> El 17 de julio de 2008 nos comunicamos telefónicamente con Marializ Maldonado, jefa de unidad de Comunicaciones del SENAME, para consultar sobre el término y conclusiones del sumario llevado a efecto por Fanny Pollarolo. La jefa de unidad nos informó en la misma fecha, que desconocía si dicho sumario estaba terminado, ella se comprometió a realizar las consultas respectivas y ha informarnos. Durante la semana que va del 21 al 25 de julio nos comunicamos telefónicamente con la Unidad de Comunicaciones del SENAME y no pudimos conversar con la jefa de unidad y tampoco se nos entregó la información solicitada. Al cierre de este capítulo, 28 de julio de 2008, la situación se mantuvo.

<sup>111</sup> [http://www.tiempo21.cl/loslagos/index.php?option=com\\_content&task=view&id=337&Itemid=7](http://www.tiempo21.cl/loslagos/index.php?option=com_content&task=view&id=337&Itemid=7)

“Menores instalados la mayor parte del tiempo frente a un televisor, niñas en la sección de varones, malas instalaciones sanitarias, mínimas condiciones de aseo y talleres sin implementos adecuados”<sup>112</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de las muertes ocurridas, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó la acción de amparo o *habeas corpus*, justificando su fallo en que:

“los jóvenes a cuyo favor se recurre de amparo, ingresaron al Centro de Internación Provisoria de Puerto Montt, en virtud de resoluciones judiciales, emanadas de autoridad competente, con facultades para decretarlas”

y pese a reconocer

“ciertas deficiencias en infraestructura, dada la reciente implementación de estos Centros y la superación de los mismos de acuerdo a los medios presupuestarios. A lo anterior se agrega, la ocurrencia del siniestro de grandes proporciones personales irreparables y materiales, que afectó recientemente al Centro y ha devenido como no ha podido ser de otro modo, en la inutilización temporal de ciertas secciones como la afectación psíquica de quienes laboran en dicho recinto ante la vivencia del trágico suceso”.

De lo expuesto ha de

“concluirse que escapa a las facultades conservadores de que se encuentra revestida esta Corte, adoptar medidas conducentes a garantizar la superación de las deficiencias detectadas que dicen relación con actuaciones propias de las autoridades administrativas dentro del marco del presupuesto de la Nación”<sup>113</sup>.

Este fallo fue confirmado, sin motivación de causa, por la Corte Suprema de Chile, con fecha 29 de noviembre de 2007<sup>114</sup>. Esta res-

---

<sup>112</sup> *El Mercurio*, Santiago, miércoles 21 de noviembre de 2007, p. C-13.

<sup>113</sup> Sentencia rol N° 473-2007, considerando sexto.

<sup>114</sup> Sentencia rol N°6504-2007, Corte Suprema, 29 de noviembre de 2007. “Se confirma la sentencia apelada de veintiuno de noviembre del año en curso, escrita de fojas 125 a 130 vuelta”.

puesta judicial parece formar parte de un patrón de falta de protección judicial efectiva de los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile y que se analiza con más detalle hacia el final de este capítulo.

Los hechos acaecidos en Puerto Montt son bastante similares a los juzgados por la Corte IDH, en el caso “Instituto de Reeducción del menor *vs.* Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004. Entre sus argumentaciones la Corte arriba a la conclusión de:

“178. De los hechos probados se advierte que el Estado no había tomado las prevenciones suficientes para enfrentar la posibilidad de un incendio en el Instituto, ya que éste originalmente no fue pensado como un centro de reclusión y, por consiguiente, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza”.

Además la Corte agregó:

“179. En atención a lo anterior, la Corte concluye que la falta de prevención del Estado, que llevó a la muerte a varios de los internos –y que fue, si no para todos, para muchos de ellos particularmente traumática y dolorosa, ya que la pérdida de la vida se produjo por asfixia o por quemaduras, prolongándose la agonía para algunos por varios días– equivale a una negligencia grave que lo hace responsable”<sup>115</sup>.

Por último no debemos olvidar que las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, señalan que:

“El diseño y la estructura de los centros de detención para menores deberán ser tales que reduzcan al mínimo el riesgo de incendio y garanticen una evacuación segura de los locales. Deberá haber un sistema eficaz de alarma en los casos de incendio, así como procedimientos establecidos y ejercicios de

---

<sup>115</sup> CORTE IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112. Véase [www.idh.org](http://www.idh.org).

alerta que garanticen la seguridad de los menores. Los centros de detención no estarán situados en zonas de riesgos conocidos para la salud o donde existan otros peligros”<sup>116</sup>.

*4. Tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes  
en contra de adolescentes privados de libertad en Chile*

En el transcurso del 2007 y primer semestre de 2008, la Defensoría Penal Pública interpuso una serie de acciones legales tendientes a proteger los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad<sup>117</sup>. En concreto, estas acciones han sido promovidas para poner término actos de tortura o malos tratos que han sufrido algunos adolescentes.

La prohibición de aplicar actos de este tipo también se extiende a los adolescentes privados de libertad. Es más, esta prohibición tiene aún más fuerza tratándose de personas en desarrollo. Por dicha razón los hechos denunciados por la Defensoría Penal Pública son preocupantes y demuestran que esta especial prohibición en nuestro sistema no está siendo debidamente respetada por las instituciones a cargo del sistema penal adolescente.

– *CIP San Bernardo*

En este CIP tuvimos conocimiento de cuatro casos. El primero conocido por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, en el cual, la Defensoría Penal Pública recurrió de amparo en consideración a

“la agresión física que el imputado habría recibido en dicho Centro de Internación Provisoria, y en atención a que se habría aplicado encierro en celda de aislamiento, situación prohibida por la Ley 20.084”.

Como consecuencia de estos hechos presentados por el Defensor y el imputado, el Tribunal ordenó el traslado del imputado menor de edad, desde el CIP San Bernardo al CIP San Joaquín<sup>118</sup>.

El otro caso fue conocido por el Juzgado de Garantía de San Bernardo, en el cual se explica, “que los imputados habrían ingre-

<sup>116</sup> Regla 32, en Reglas de las Naciones Unidas... (n. 88).

<sup>117</sup> Los autores de este informe agradecen la colaboración de la Defensoría Penal Pública en la recopilación y acceso a los recursos que se analizan a continuación.

<sup>118</sup> JUZGADO DE GARANTÍA PUENTE ALTO, 28 de diciembre de 2007, RIT 10045-2007.

sado a una celda desnudos, les habrían tirado agua por personal de Gendarmería de Chile y que habrían permanecido todo ese día encerrados<sup>119</sup>. Además, en la audiencia respectivo se releva el antecedente de que uno de los adolescentes está siendo medicado por tener problemas conductuales, cuestión que según el tribunal, vulnera el derecho fundamental a la salud y ha de ser medicado según un tratamiento adecuado.

El tercer caso consistió, como se desprende de la resolución del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, de 28 de diciembre de 2008, que el adolescente de iniciales A.L.O, que se encontraba bajo internación provisoria en el CIP Tiempo Joven fue desnudado y llevado junto a otros adolescentes a la Celda de Castigo. El tribunal ordenó el inmediato término de esta situación<sup>120</sup>.

El cuarto caso se originó el día 13 de mayo de 2008. Según el recurso de protección presentado por la Defensoría Penal Pública, todo ocurrió mientras los adolescentes de la Casa N° 2 se encontraban protestando pacíficamente contra el hacinamiento, falta de abrigo, de servicios mínimos como son el agua caliente, infraestructura deficiente e inadecuada y falta de talleres educacionales. En ese contexto y luego de una charla pacífica de los adolescentes con la directora del centro, ingresa personal de Gendarmería, quienes lanzan tiros al aire, gas de tipo pimienta y golpean con palos a aquellos internos que no alcanzaron a bajar del lugar. Esta situación de descontrol provoca que los adolescentes instintivamente corran por el techo del mencionado pabellón hacia el lado opuesto con la finalidad de bajar, lo que finalmente causa que dicha estructura ceda en un sector, cayendo los menores sucesiva e inevitablemente uno encima de otro. Lo anterior implicó que diez de los adolescentes internos terminaran con lesiones de diversa gravedad, como fracturas, cortes, esquinces y contusiones<sup>121</sup>.

#### – *CIP de Coronel*

También tuvimos acceso a dos casos ocurridos en el CIP de Coronel. Ambos casos conocidos por el Juzgado de Garantía de Concepción, fueron promovidos por el defensor penal público por la aplicación

---

<sup>119</sup> JUZGADO DE GARANTÍA SAN BERNARDO, 3 de enero de 2008, RIT 9930-2007.

<sup>120</sup> NOVENO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, 28 de diciembre de 2007, RIT 12896-2007.

<sup>121</sup> CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Recurso de protección, número de ingreso 174-2008. Causa en tramitación.

de una sanción ilegal y arbitraria que se habría impuesto a los menores, consistente en la internación en celda solitaria o de aislamiento. Los dos fallos consideraron que al no persistir los hechos que dieron lugar al amparo, era menester rechazar las peticiones de los defensores. Sin perjuicio de lo anterior, el Juzgado de Garantía estableció expresamente que

“no obstante lo resuelto este Tribunal instruye sobre la plena vigencia del artículo 45 letra b) de la Ley 20.084, que prohíbe la aplicación de medidas disciplinarias consistentes en encierro en celda oscura, de aislamiento o solitaria”<sup>122</sup>.

– *CIP-CRC Limache*

También recogimos dos casos en el centro de Limache. El primero concluyó con un intento de suicidio y el segundo consistió en un allanamiento.

En torno al primer caso, según los defensores en su recurso de amparo<sup>123</sup> y luego en la formalización de la fiscal del caso, Carmen Gloria Vargas, a las 21 hrs. del 26 de septiembre de 2007, se advirtió un intento de fuga, el cual fue frustrado por funcionarios del SENA-ME y por Gendarmería de Chile. Luego, los funcionarios habrían desnudado a los dos adolescentes que intentaron fugarse. A otro adolescente que se había burlado de los funcionarios, los obligaron a realizar extenuantes ejercicios físicos y luego los encerraron desnudos en celdas de aislamientos. En ese lugar uno de los menores intentó suicidarse colgándose con un cable a la ventana. Según explican los defensores, aproximadamente a las 21:45 hrs el coordinador de tur-

---

<sup>122</sup> JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN, 24 de septiembre de 2007, RIT 7390-2007; y 27 de septiembre de 2007, se desconoce RIT, dictada por el magistrado Waldemar Koch Salazar.

<sup>123</sup> La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su fallo de 31 de octubre de 2007, rol N°512-2007, rechaza el recurso estableciendo: “Que se rechaza el recurso de amparo deducido a favor de los amparados individualizados a fojas 13 de autos. Sin perjuicio de lo anterior, actuando en oficio esta Corte ordena que el recurrido o quien legalmente lo reemplace, deberá arbitrar las medidas necesarias para que los hechos en los que se vio involucrado el menor R.F.H.G o cualquier otro y tendientes a atentar en contra de su vida, no vuelvan a ocurrir en el futuro, disponiéndose también y para los mismos efectos, respecto de menores que se encuentren internados en el Centro de Internación Provisoria ‘Lihuen’, que el Servicio Nacional de Menores de la quinta región deberá coordinarse adecuadamente con Gendarmería para prevenir sucesos como los analizados y darse estricto cumplimiento a las normas legales y reglamentarias existentes al efecto”.



no, informa que el menor de iniciales H.G, debía ser trasladado hasta el hospital local de Limache por intento de suicidio. Agrega que en la casa de segregación encontró un rollo de alambre de cobre debajo de la cama, con el cual intentó quitarse la vida amarrándose el cuello, situación que fue evitada por personal del SENAME<sup>124</sup>.

En torno al segundo caso, según se desprende del recurso de protección interpuesto por los defensores, el día 20 de marzo de 2007, entre las 6:30 y 6:45 hrs., ingresan al centro de Limache, treinta y ocho funcionarios de Policía de Investigaciones, acompañados de dos fiscales. Los policías vestían tenida oficial y armas de fuego cortas. El objetivo del ingreso fue realizar un allanamiento a las casas uno y siete, habitadas en total por veintiún jóvenes. Los funcionarios irrumpieron en las casas, ordenaron a los adolescentes con palabras soeces salir de sus camas. Atendido el débil y difuso sistema de iluminación, los policías usaron linternas, las que dirigieron a los rostros de los jóvenes. Algunos de ellos, fueron golpeados con mano abierta en la espalda, otros con golpe de pies y algunos incluso fueron jalados de los cabellos para cumplir la orden. Una vez que salieron de sus camas, fueron revisados en ropa interior y conducidos sin vestimentas ni ropas de abrigo, hasta el comedor, donde permanecieron primero en cuclillas por espacio de quince minutos y luego sentados en el suelo, mirando la pared. Los jóvenes objeto del procedimiento policial, estaban descalzos y algunos vestidos solo con clips o calzoncillo<sup>125</sup>.

– *CIP de Coronel*

Al Juzgado de Garantía de Concepción le correspondió conocer los hechos que tuvieron como víctima al menor de iniciales J.V.V. Según se desprende de la audiencia, los hechos acaecieron el 28 de abril de 2007, a eso de las 20:00 hrs, cuando la víctima y otro adolescente le jugaron una broma al tío, que consistió en encerrarlo por cinco minutos. Luego de aquello ingresaron gendarmes, quienes se lo llevaron a una casa de aislamiento, siendo golpeado con lumas en los glúteos y rociado con gas pimienta.

---

<sup>124</sup> *El Mercurio*, Santiago, jueves 29 de noviembre de 2007.

<sup>125</sup> Según información de la Defensoría Penal Pública aún está pendiente la decisión de la Corte. Con fecha 8 de julio se alegó en la Corte de Apelaciones de Valparaíso y se ordenaron medidas para mejor resolver. Esta información fue entregada por vía correo electrónico por Gonzalo Berrios, jefe unidad de Defensa Penal Juvenil Defensoría Penal Pública, el 21 de julio de 2008.

El Juzgado de Garantía no obstante rechazar el recurso de amparo consideró:

“Siendo así las cosas, aparece entonces que la reacción de la jefatura del recinto, al momento de la ocurrencia de los hechos, fue desproporcionada; la consecuencia de ello, fue generar otra situación de conflicto entre jóvenes que estaban siendo aislados y el personal encargado de su traslado. Como se viene diciendo, la aplicación de medidas de fuerza al interior de los Centros de Internación Provisoria del SENAME, es y debe ser la medida más extrema, aplicable solo cuando todos los otros procedimientos de contención resultan insuficientes para controlar el conflicto y, además, exista riesgo de motín o grave peligro para adolescentes internos”<sup>126</sup>.

– *COD CERECO Centro Inapewma.*

Según se desprende de lo escuchado en la audiencia ante el Juzgado de Garantía de Temuco, el personal de Gendarmería y guardia externa del recinto habrían ingresado al interior del centro realizando diversas conductas abusivas. Entre tales conductas abusivas se encuentran el haberle arrojado a los internos polvos químicos, rociado con agua y otros hechos similares de violencia y abuso. El tribunal ordenó que se oficiara al Centro Inapewma y al SENAME, en relación con lo señalado por la defensa de los imputados, acerca de la efectividad de haberse castigado a los menores en la en la forma prohibida por la ley y reglamentos, esto es, celdas solitarias, castigos físicos y otros y de ser efectivo, se ponga de inmediato término a tales apremios, prohibidos por la ley, la Constitución y los tratados internacionales, todo ello con copia al Secretario Regional Ministerial de Justicia<sup>127</sup>.

### *5. Violaciones estructurales a los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile*

Los hechos descritos con anterioridad dan cuenta de un preocupante estado de desprotección de los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile. Tales hechos –por lo demás– no parecen ser aislados, sino que responderían a un patrón generalizado de in-

<sup>126</sup> JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN, 6 de mayo de 2008, RIT 10916-2007.

<sup>127</sup> JUZGADO DE GARANTÍA DE TEMUCO, once de julio de 2007, RIT 532-2007; 971-2007; 2987-2007; 3347-2007 y 3684-2007.

suficiencia de las agencias gubernamentales y judiciales, encargadas de la protección de los derechos de los adolescentes bajo sistemas de reclusión provisoria o permanente.

El día domingo 27 de abril de 2008, el diario *El Mercurio* publicó un texto elaborado por UNICEF en torno a los “Principales nudos problemáticos de los centros privativos de libertad para adolescentes y secciones juveniles”. Este documento, que habría sido dirigido al Ministerio de Justicia de Chile según el periódico, fue elaborado en el contexto de la activa participación de UNICEF en las denominadas CIS. Según el reglamento de la ley N° 20.084, las CIS deben visitar cada año los CPLi para adolescentes y secciones juveniles de CP y elaborar informes y recomendaciones en cuanto a las deficiencias encontradas en ellos<sup>128</sup>. Como se podrá advertir fácilmente, estas comisiones constituyen una herramienta indispensable para el control efectivo del respeto a los derechos de los adolescentes privados de libertad y como tales, debieran ser alentadas y mantenidas por el Estado de Chile en el tiempo.

Según se da cuenta en el documento citado, los nudos problemáticos más urgentes, detectados por UNICEF se dividen en siete puntos y una conclusión que establece que:

“De acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores, es razonable señalar que muchos de los centros visitados no cumplen con condiciones de vida básicas ni con los estándares normativos que rigen su funcionamiento. Es más, hay factores que afectan en términos negativos el desarrollo de los adolescentes internos o que derechamente producen daño en ellos. Parece altamente improbable, si no imposible, que en las condiciones descritas se pueda cumplir con la finalidad proclamada por la Ley 20.084 en su artículo 20, esto es, que ‘la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social’”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> El reglamento de la ley N° 20.084, en sus artículos 90, 91 y 159, crea las competencias de las llamadas CIS y que según el artículo 91.a, tienen por principal función “visitar los centros de cada región, al menos dos veces al año, a fin de asesorar en el debido respeto de los derechos de los adolescentes y de sus condiciones de vida al interior del mismo”, y está integrado por representantes de los principales actores del sistema de justicia penal juvenil, entre ellos un representante de UNICEF. Véase, Reglamento de la ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal; Dto-1378; 25.04.2007; Ministerio de Justicia.

<sup>129</sup> *El Mercurio*, 27 de abril de 2008, en <http://blogs.elmercurio.com/reportajes/2008/04/27/alarmante-informe-de-unicef-so.asp>,

A mayor abundamiento, el documento de UNICEF resume los siete nudos problemáticos del sistema carcelario adolescente de la siguiente manera:

1. *Educación y capacitación de adolescentes*: no existen talleres que cumplan una real función capacitadora o que preparen para la vida laboral. Los talleres impartidos por los centros son actividades básicas y cumplen un fin meramente recreativo: adornos navideños, artesanía en mimbre o cuero, mosaico, y “computación” consistente principalmente en juegos. Alguna de las mayores demandas de los jóvenes están dirigidas a que la calidad y cantidad de los talleres impartidos sean apropiadas a su edad y necesidades, pues según sus propios relatos pasan largas horas haciendo nada, lo que incrementa sus grados de ansiedad y frustración<sup>130</sup>.
2. *Salud*: en torno esta sección los problemas girarían en que no existe una práctica regular de evaluación médica a los internos al momento de ingresar al centro. Además, en la mayor parte de los centros se observa que no existe personal profesional suficiente e idóneo que esté disponible en forma permanente o con una periodicidad razonable. Tampoco existen estrategias de prevención ni de control de enfermedades de transmisión sexual y de embarazos. Y por último, ausencia de un control profesional en el suministro de medicamentos a los jóvenes<sup>131</sup>.
3. *Personal*: los déficit girarían en torno a la cualitativo y cuantitativo. Sobre la primero, no hay recurso humano suficiente en proporción al número de internos. Además el uso de licencia médica debido al desgaste de la actividad es alta. En términos cualitativos, el personal de los centros no tiene niveles de especialización ni la preparación técnica y capacitación que exige la función.
4. *Reglamento y disciplina*: según explica el informe, no existen procedimientos adecuados que permitan al joven que ingresa comprender la reglamentación interna, prohibiciones, sanciones y derechos. En general, la disciplina opera sin control formal adecuado. No existe un debido proceso para la aplicación de sanciones disciplinarias, los jóvenes no tienen una instancia formal donde puedan ser escuchados sus descargos<sup>132</sup>.

Como destaca el documento, un punto de especial preocupación es la utilización como sanción disciplinaria el aislamiento

---

<sup>130</sup> *El Mercurio*, 27 de abril de 2008... (n. 129).

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

en celdas solitarias o de castigo. Sanción que irroga un daño o pone en serio riesgo la integridad física y psíquica de los adolescentes a los que se aplica. Adicionalmente, estas unidades son utilizadas en forma indistinta para implementar la medida de separación de grupo, sin que cuenten con condiciones de habitabilidad (higiene, temperatura, humedad, análogas a las de las piezas)<sup>133</sup>.

5. *Infraestructura y unidades residenciales*: los problemas de infraestructura se centrarían en falta o deficiente suministro de agua potable o de agua caliente y, en general, se constatan defectos en las redes seca y húmeda<sup>134</sup>.

Falta suministro de implemento de aseo, particularmente para los baños y para la higiene personal de los jóvenes (cloro, detergente, pasta dental, jabón y *shampoo*). Varias de las instalaciones sanitarias y de los dormitorios inspeccionados no se ajustan a los estándares legales y reglamentarios, sea por defectos estructurales, escasez de espacio, ausencia de higiene o imposibilidad de contar con un mínimo de intimidad.

Por último el informe destaca, la falta de habilitación de secciones femeninas, donde muchas veces, se habilitan espacios destinados en principio a otras funciones (por ejemplo, clínica de corta estadía en CIP-CRC Lihuén o la enfermería en el CIP-CRC Graneros), funciones que por lo mismo no se cumplen<sup>135</sup>.

6. *Segregación*: estrechamente vinculado con lo anterior, se encuentra el problema de falta de segregación según edad, estatus procesal, perfil interno y género. Al no existir infraestructura adecuada se hace imposible para los centros dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de segregación sin lesionar al mismo tiempo otros derechos fundamentales de los jóvenes o sus condiciones de vida: en aras de la segregación, muchos jóvenes quedan privados de la posibilidad de acceder a educación y talleres con la regularidad necesaria; o gozan de espacios físicos muy reducidos; o pueden hacer uso de espacios comunes por reducidos espacios de tiempo, permaneciendo la

---

<sup>133</sup> *El Mercurio*, 27 de abril de 2008... (n. 129).

<sup>134</sup> En particular: CIP-CRC Surgam; CIP-CRC Copiapó, CIP-CRCLa Serena, Centro Semicerrado Concepción. CIP-CRC Chol-Chol, CIP-CRC Valdivia, CIP-CRC Puerto Montt.

<sup>135</sup> *El Mercurio*, 27 de abril de 2008... (n. 129).

mayor parte de la jornada bajo encierro. Por ejemplo, en CIP-CRS Lihúen y CIP-CRS Graneros<sup>136</sup>.

7. *Secciones penales juveniles*: en estas secciones a cargo de GEN-CHI, los problemas se presentan en forma incomparablemente más aguda. En términos prácticos, los jóvenes reclusos en estas unidades no reciben educación ni capacitación (o en grados tan marginales que equivalen a ninguna); no existe implementación de planes individuales; sufren largas horas de encierro, registros desnudos y malos tratos; reciben mala alimentación; y finalmente, no parece existir disponibilidad de recurso humano ni recursos materiales para hacer frente al problema<sup>137</sup>.

Como se podrá advertir, esta información resulta altamente preocupante para la debida protección de los derechos de los adolescentes privados de libertad en Chile. No solo por la gravedad y extensión de las deficiencias observadas por el documento de UNICEF –que se concentra, a su vez, solo en los problemas “más graves” de la implementación de la ley penal adolescente– sino porque la ciudadanía se informa de esta materia a través de la prensa y no de los informes oficiales de las CIS. En efecto, la única manera en que estos mecanismos de control de las condiciones carcelarias resulten efectivos, es que los resultados que ellos arrojen sean completa e inmediatamente conocidos por la opinión pública. En este sentido, cualquier demora en la entrega de los resultados de este tipo de comisiones arriesga el logro de uno de sus principales objetivos: actuar como mecanismos de alerta temprana de aquellas situaciones más graves y que requieren de medidas urgentes por parte de la autoridad.

La respuesta del Estado, con respecto a estos acontecimientos, se ha dirigido básicamente al aseguramiento de más recursos y construcción de nuevos centros, en particular inyectando más de nueve mil millones de pesos, lo que implicaría doscientos sesenta y ocho nuevos funcionarios y más de ciento sesenta y ocho obras en ejecución. Por otra parte, el gobierno en torno al crítico documento de UNICEF filtrado por la prensa, ha tenido dos reacciones encontradas. La primera, dirigida a restarle valor al informe. Así, por ejemplo, el subsecretario de Justicia señaló que el informe no estaba completo y que resultaba parcial, puesto que sólo recogía la opinión de los

---

<sup>136</sup> *El Mercurio*, 27 de abril de 2008... (n. 129).

<sup>137</sup> *Ibid.*

adolescentes<sup>138</sup>. Por otro lado, el propio gobierno parece efectuar un reconocimiento tácito a los graves problemas experimentados en la implementación de la ley penal adolescentes, al señalar el secretario General de Gobierno que: “Esto obliga a trabajar más y hacer mejor las cosas”<sup>139</sup>.

Por último, se han levantado otras señales preocupantes que afectan los derechos fundamentales de los adolescentes que ingresan al sistema de justicia criminal, señales que no han sido objeto de investigaciones empíricas que las constaten fehaciente, pero que ya se perfilan como situaciones de riesgo que no han sido contenidas por las autoridades. Nos referimos al uso de la fuerza física en el interior de los centros; a la insuficiente especialización de los operadores del sistema; al progresivo aumento de la internación provisoria<sup>140</sup>; a los problemas laborales<sup>141</sup> y de modernización del SENAME; y la falta de un sistema sofisticado de levantamiento de información que permita tomar decisiones inteligentes sobre los núcleos problemáticos del sistema de justicia criminal juvenil<sup>142</sup>. En estas materias hay que estar alertas porque podrían producir en el corto plazo un deterioro aún mayor de los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad.

---

<sup>138</sup> *La Nación*, 28 de abril de 2008. Véase [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/cache/nroedic/taxport](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/cache/nroedic/taxport)

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Recuérdese que la internación provisoria es una medida cautelar de excepción, que se materializa en un proceso donde la regla general es la presunción de inocencia. En este escenario la medida cautelar en cuestión debería en porcentajes ser menor al número de personas condenadas a penas privativas de libertad. Por ejemplo, en adultos según investigaciones empíricas realizadas en el mes de mayo de 2007, los condenados representaban más del 76%, mientras que el segmento de imputados sin condena alcanza el 24%. En el sistema penal juvenil las estadísticas del Ministerio de Justicia de junio de 2008, señala que el número de condenados es de 455 y el número de adolescentes sujetos a Internación Provisoria asciende a 3.834. Véase, Balance del primer año de Funcionamiento de la ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, junio de 2008, gobierno de Chile, Ministerio de Justicia-Servicio Nacional de Menores. En torno al sistema de adultos, véase, ÁLVAREZ, MARANGUNIC, HERRERA (n. 8), p. 115.

<sup>141</sup> Véase, AFUSE PROVINCIAL MAIPÚ, “Visión sobre las Condiciones Laborales en los Centros CIP-CRC San Bernardo y CRSC Calera de Tangó y el Marco Reivindicativo que impone esta realidad”. Texto recibido por mensaje electrónico, 10 de julio de 2008. Información en poder del autor.

<sup>142</sup> Algunas señales ya han sido levantadas por algunos especialistas. Véase, por ejemplo, Francisca WERTH, *El Mercurio*, Santiago, 17 de junio de 2008, p. E-2.

### 6. Falta de protección judicial efectiva de los derechos de adolescentes privados de libertad en Chile

Atendiendo la gravedad de los hechos ocurridos en centro de internación del SENAME en la ciudad de Puerto Montt y tomando conocimiento progresivo de las deficientes condiciones carcelarias de distintos centros de privación de libertad a lo largo de Chile, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales interpuso recursos de amparo (*habeas corpus*) en favor de doscientos setenta y ocho jóvenes infractores de la ley penal adolescente que se encontraban recluidos en los centros de Puerto Montt, Lihuén (V Región), Antuhué (VI Región) y San Bernardo (Región Metropolitana) - los cuales fueron rechazados por los tribunales chilenos<sup>143</sup>.

Previo a la presentación de los recursos, en el mes de noviembre de 2007 un grupo de abogados, en representación del Centro de Derechos Humanos visitaron los centros Tiempo Crecer de Puerto Montt, CIP-CRC Graneros, CIP-CRC Limache y Tiempo Joven<sup>144</sup>. Las principales problemáticas encontradas en todos los centros visitados –y que motivaron la interposición de los amparos respectivos– giraron en torno a falta de segregación, serios problemas en materia de programas de educación, utilización de celdas de aislamiento, hacinamiento, falta de dispositivos adecuados de seguridad (incluidos sistemas contra incendio), acceso a programas médicos, entre otros. Problemas que, a su vez, importan un contexto generalizado de ilegalidad de la privación de libertad, conforme a la propia ley 20.084 –que justifica la privación de libertad de adolescentes bajo un modelo que tienda a la resocialización de aquellos adolescentes que come-

---

<sup>143</sup> El recurso de amparo se encuentra regulado en el artículo 21 de la Constitución Política del Estado y en el auto acordado de 19 de diciembre de 1932 de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y fallo del recurso de amparo. El amparo es la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias cuando se ha afectado su seguridad individual o libertad personal, a fin de que se restablezca el imperio del derecho, asegurándole la debida protección y dejando sin efecto o modificando cualquier acción u omisión arbitraria o ilegal que le haya significado una privación, o amenaza a su libertad personal y seguridad individual. El tribunal competente para conocerlo es la Corte de Apelaciones del lugar en que se cometió el acto, en Sala y previa vista de la causa. En Segunda Instancia, el conocimiento del recurso de apelación en contra de la resolución que se pronuncia acerca del recurso de amparo corresponde a la Corte Suprema, de conformidad a lo establecido en el artículo 48 N° 4 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>144</sup> Participaron en las visitas los abogados: Francisco Cox, Nicolás Espejo, Alvaro Castro, Martín Bernales y Pedro Vega.



ten actos constitutivos de delito–, la Constitución Política de la República de Chile, la Convención Sobre Derechos el Niño de Naciones Unidas y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entre otros.

Luego de la interposición de los recursos respectivos, y al igual que en el caso de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, las distintas Cortes de Apelaciones rechazaron todos los recursos de amparo presentados a favor de los adolescentes<sup>145</sup>. Los fundamentos utilizados por las cortes giraron principalmente en dos aspectos: primero, que el recurso de amparo no sería el medio idóneo para solucionar los diversos problemas denunciados por el recurrente en contra de la autoridad administrativa, toda vez, que corresponde precisamente a ésta poner fin a tal estado de irregularidades. Y segundo, que todos los jóvenes que se encuentran en los centros de reclusión estarían en ellos en virtud de una resolución judicial debidamente decretada por el tribunal correspondiente. Luego, en segunda instancia, la Corte Suprema de Chile se limitó a confirmar dichos fallos, resolviendo: “Se confirma la sentencia apelada”, señalando además, la fecha y las fojas de las mismas<sup>146</sup>.

Estas decisiones judiciales, confirmadas por el máximo tribunal chileno, implicaron la presentación de una denuncia ante la CIDH en contra del Estado de Chile y a favor de aquellos adolescentes privados de libertad en los centros recién indicados. La denuncia alega violación a los siguientes derechos: a la vida (art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho a la integridad física y psíquica (art. 5 de la Convención); al derecho a la libertad personal (art. 7 de la Convención)<sup>147</sup>.

De particular importancia en éste punto es la violación del artículo 25° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos por parte del Estado de Chile y que consagra el derecho a una protección judicial efectiva de los derechos. En efecto, Como ha sostenido la Corte IDH, la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección interna-

---

<sup>145</sup> El recurso ante la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt se interpuso el 10 de noviembre de 2007; el recurso ante la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 8 de noviembre de 2007; el recurso ante la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, el 9 de noviembre de 2007; y el recurso ante la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, el 8 de noviembre de 2007.

<sup>146</sup> Estos recursos fueron alegados en la Corte Suprema por el abogado Álvaro Castro M, en representación del Centro de Derechos Humanos.

<sup>147</sup> Denuncia ingresada bajo el N° 445/2008.

cional de los derechos humanos<sup>148</sup>. Por tal razón, el artículo 25º se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados-partes.

Más específicamente, y como ha señalado la Corte IDH, el artículo 25º de la Convención establece:

“(...) la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada *se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley*”<sup>149</sup>.

La Corte ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25º de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben ser *efectivos*, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención<sup>150</sup>. En el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos que contempla la disposición que en esta denuncia se considera violada por parte del Estado de Chile, la Corte ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> CORTE IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº 72, párr. 78; CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C Nº 98, párr. 126; CORTE IDH, Caso “Instituto de Reeduación del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 239; CORTE IDH, Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párr. 130; CORTE IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C Nº 144, párr. 213.

<sup>149</sup> CORTE IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9, párr. 23.

<sup>150</sup> CORTE IDH, Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Nº 97, párr. 52.; CORTE IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C Nº 94, párr. 150; CORTE IDH, Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párr. 131; CORTE IDH, Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127, párr. 169; CORTE IDH, Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párr. 93. En [www.idh.org](http://www.idh.org)

<sup>151</sup> CORTE IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 23 y CORTE IDH, Caso de la Comu-

Con todo, la misma Corte IDH ha sostenido que de acuerdo con los criterios desarrollados en su jurisprudencia, los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión<sup>152</sup>. Pero no sólo eso. Para la Corte IDH los recursos son también *ilusorios* cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse *la denegación de justicia*, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial<sup>153</sup>.

En razón de lo anterior, la inexistencia de un recurso *efectivo* contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado-parte<sup>154</sup>.

nidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 131. En [www.idh.org](http://www.idh.org)

<sup>152</sup> CORTE IDH (n. 151), párr. 24; CORTE IDH, Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C N° 90, párr. 58; CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98, párrs. 126, 136; CORTE IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C N° 104, párr. 77; CORTE IDH, Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, párr. 192; CORTE IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144, párr. 213. En [www.idh.org](http://www.idh.org)

<sup>153</sup> CORTE IDH (n. 151), párr. 24; CORTE IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 134; CORTE IDH, Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C N° 90, párr. 58; CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98, párr. 126. En [www.idh.org](http://www.idh.org)

<sup>154</sup> CORTE IDH (n. 151), párr. 24; CORTE IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 111; CORTE IDH, Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párr. 52; CORTE IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C N° 104, párr. 78; CORTE IDH, Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 130; CORTE IDH, Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 167; CORTE IDH, Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, párr. 92; CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 183; CORTE IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137, párr. 113; CORTE IDH, Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, párr. 137; CORTE IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144, párr. 214; CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párr. 128, 129; CORTE IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 122. En [www.idh.org](http://www.idh.org)

Los hechos descritos en la denuncia constituyen una grave violación de lo dispuesto por el artículo 25° de la Convención Americana. En efecto, el Estado de Chile, por medio de sus tribunales de justicia, ha faltado a la debida protección judicial de los derechos de los peticionarios. Una vez puestos en conocimiento de las graves condiciones de vida, integridad física y síquica, libertad individual y desprotección de niveles esenciales de derechos sociales como la salud y la educación de los peticionarios al interior de los CPL de Puerto Montt, Lihuen, Antuhué y San Bernardo, las cortes respectivas fallaron en su deber fundamental de otorgar protección judicial *efectiva* a los derechos de los peticionarios. Derechos que, al tratarse de niños, requerían de un deber calificado de protección y garantía a la luz de lo dispuesto por el artículo 19° de la Convención Americana.

Lo anterior se hace aún más preocupante si se tiene presente que la otra opción para proteger las garantías fundamentales desde el punto de vista constitucional es casi totalmente ineficaz. Nos referimos a la acción de protección que en la práctica tiene poco éxito. En efecto, se han realizado estudios empíricos que demuestran que un número importante de estas acciones son rechazadas por las cortes de justicia en materia de condiciones carcelarias. Por ejemplo, en el transcurso de 1990 a 2000 se interpusieron noventa y ocho recursos de protección de los cuales siete fueron acogidos, ochenta y seis rechazados y cinco declarados inadmisibles<sup>155</sup>. A su vez, y como lo demuestran varios de los casos resueltos luego del año 2000, los tribunales de justicia chilenos –particularmente las cortes– son reacios a ejercer sus funciones conservadoras en materia de personas privadas de libertad, incluidos los adolescentes.

En efecto, durante el transcurso del 2007 y primer semestre de 2008 se han interpuesto dos solicitudes de medidas cautelares ante la Comisión de Derechos Humanos<sup>156</sup>. La primera fue presentada por la ACHNU en consideración de los graves hechos que han terminado con la muerte de diez adolescentes que se encontraban detenidos en un Centro de Internación de SENAME, en la ciudad de Puerto Montt, hechos que según el asociación son de responsabilidad del Es-

---

<sup>155</sup> Véase la investigación elaborada por Gastón GÓMEZ, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 527.

<sup>156</sup> El artículo 25° del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece: “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte. Solicitar al Estado de que se trate la adopción de Medidas Cautelares para evitar daños irreparables a las personas”.

tado de Chile. *El objetivo del requerimiento fue* prevenir la ocurrencia de hechos similares que atenten contra la vida y la integridad física de los adolescentes que se encuentren privados de libertad en dichos recintos. *Vale* la pena consignar que ACHNU interpuso cuatro recursos de protección en las ciudades de Concepción, Santiago, La Serena y Puerto Montt. Tales recursos fueron rechazados por las respectivas Cortes de Apelaciones de dichas ciudades y en el caso de Santiago por la Corte de Apelaciones de San Miguel<sup>157</sup>.

La segunda medida cautelar fue solicitada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en julio de 2008. Se trata del caso de los adolescentes que se encuentran privados de libertad en el centros de internación provisoria Antuhue, Graneros, VI región Chile (Centro que fue objeto de la acción de amparo rechazada por los tribunales internos a fines del año 2007). La solicitud de medida cautelar tiene por objeto solicitar a la CIDH que le ordene al Estado de Chile decretar medidas urgentes de protección a favor de once adolescentes que, el día sábado 21 de junio de 2007, accedieron a una mezcla de medicamentos –ansiolíticos y antidepresivos– que trajo como consecuencia una grave intoxicación, siendo atendidos de urgencia en los hospitales de Graneros y Rancagua. De los once jóvenes, dos de ellos V.I.G (16) y M.S.M (14) se encontraban en riesgo vital, con altas probabilidades de morir. Ante esta situación y el grave peligro que sufren los demás niños que se encuentran en dicho lugar, se solicitó a la CIDH decretar medidas urgentes de protección a favor de las víctimas.

---

<sup>157</sup> Información fue entregada por la abogada encargada del área legal de ACHNU, Paulina Solis Arellano.



# LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

---

## ABSTRACT

**E**l derecho a la huelga forma parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran plenamente vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de diversas recomendaciones hechas al Estado de Chile por parte de la OIT y el Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, el Estado de Chile mantiene una legislación ampliamente restrictiva del derecho a la huelga en sus aspectos esenciales. Al mismo tiempo, este contexto restrictivo se manifiesta también en la retórica del gobierno, los medios de comunicación y la jurisprudencia judicial y administrativa, agravando las posibilidades de reconocimiento del derecho a huelga.

Este capítulo da cuenta de dicho contexto general de hostilidad al derecho a huelga y sus principales consecuencias para el pleno cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile.

**PALABRAS CLAVE:** derecho al trabajo, huelga, conflicto laboral.

## I. INTRODUCCIÓN

“La historia social muestra hasta ahora que los sindicatos casi siempre están reducidos a exigir y a conseguir una mejora de las condiciones de trabajo. En una oposición de intereses como ésta los contratos colectivos serían en general, sin el derecho de huelga, nada más que una mendicidad colectiva”.

Tribunal Federal del Trabajo alemán BAG 10 de junio de 1980

El trabajo y su protección son considerados en la comunidad internacional como elementos fundamentales para el desarrollo de la per-

sona y para el respeto de su dignidad. En atención a lo anterior, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “el derecho a trabajar” (art. 6), y que se realice en “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” (art. 7), especialmente el derecho a

”una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie” y a “condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias” (art. 7).

Precisamente, para el logro de esas condiciones, que permitan al trabajador una remuneración que le garantice condiciones de vida digna, es imprescindible reconocerles otro derecho fundamental: el derecho de huelga. En ese sentido, el derecho de huelga es también un derecho fundamental reconocido en el artículo 8, número 2, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>1</sup>.

La huelga es, asimismo, una manifestación esencial de la libertad sindical consagrada por el convenio N° 87 de la OIT (artículos 3 y 10), tratado internacional de derechos fundamentales vigente en Chile desde el año 2000. Como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT “el derecho de huelga es uno de los elementos esenciales del derecho sindical”<sup>2</sup>. Así, si la huelga es un derecho especialmente sensible para el logro de otros derechos sociales y laborales como son el de condiciones dignas de vida del trabajador y su familia, y el derecho de un salario equitativo, entonces, dicho derecho es especialmente relevante en Chile.

En efecto, la huelga como derecho de reivindicación laboral se vuelve particularmente significativo en un país que muestra una persistente desigualdad en la distribución de la riqueza, y donde, tal como lo ha destacado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas, “el salario mínimo aún no es suficiente para garantizar un nivel de vida digno a los trabajadores y sus familias”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. Asimismo, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, de 1948, prevé en su artículo 27 que: “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”. También se reconoce el derecho de huelga en el artículo 8 (1) (b) del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>2</sup> COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, OIT, Segundo Informe, 1952, caso numero 28, párrafo 68.

<sup>3</sup> Tercer Informe Periódico de Chile sobre aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 17, 44<sup>a</sup> y 46<sup>a</sup> Período de sesiones, 18 y 19 de noviembre de 2004.



No cabe olvidar que, precisamente, por el bajo e insuficiente nivel que exhiben los salarios de buena parte de los trabajadores dependientes, el año 2007 nuestra sociedad enfrentó un áspero debate acerca de las propuestas provenientes de la Iglesia Católica para la fijación de un “derecho a un salario ético” basado en que:

“a la conciencia cristiana de Chile no le puede resultar indiferente el sufrimiento de tantos hombres y mujeres –trabajadores, jubilados, pensionados y montepiados–, que no logran vivir con dignidad si no acceden a un ingreso que permita a una familia satisfacer sus necesidades básicas acordes con la naturaleza de quienes son hijos de Dios”<sup>4</sup>.

Este debate fue fundamental para darle motivo al gobierno a la creación del denominado Consejo Asesor Presidencial de Equidad y Trabajo, uno de cuyos objetivos era “mejorar la distribución del ingreso y las políticas públicas tendientes a ese fin”<sup>5</sup>.

Esa realidad salarial en Chile está nítidamente expresada por la ciudadanía en las encuestas efectuadas en el año 2007: el 40% de los trabajadores no cree que se le pague en razón de lo que hace, y en el caso de las PYMES esa percepción aumenta al 44%. Asimismo, el 40% de los trabajadores considera que lo que gana no le alcanza ni siquiera para su “presupuesto familiar”<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, frente a ese escenario salarial, los trabajadores chilenos valoran abrumadoramente la negociación colectiva y la libertad sindical como un mecanismo para reivindicar sus derechos: el 80% cree que servirían para relaciones laborales más justas y el 77%, que serviría para obtener mejores salarios<sup>7</sup>. Dentro de esa valoración positiva del derecho a la libertad sindical, los trabajadores chilenos también estiman a la huelga como medio legítimo de reivindicación laboral, y rechazan, por un 62%, considerarla “una forma de presión incorrecta porque daña la economía del país”<sup>8</sup>.

Por ello, si parte importante de los trabajadores chilenos se encuentran sujetos a condiciones salariales que no le permiten garan-

<sup>4</sup> Declaraciones monseñor Goic, CECH, 17 de septiembre de 2007. Véase [www.noticias.iglesia.cl](http://www.noticias.iglesia.cl). Visitada el 3 de junio de 2008.

<sup>5</sup> Descripción de la Misión del Consejo Asesor Trabajo y Equidad, véase [www.trabajoequidad.cl](http://www.trabajoequidad.cl). Visitada el 3 de junio de 2008.

<sup>6</sup> Encuesta Consejo Asesor Trabajo y Equidad, punto I, número 1, letra b.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, punto II, número 3.

<sup>8</sup> Encuesta Derechos y ciudadanía en el Chile de hoy, Fundación GENERA, 2006, p. 44.

tizar condiciones de vida dignas, y que ellos mismos perciben como poco equitativas y, al mismo tiempo, sostienen que un modo legítimo de expresar esa disconformidad y reivindicación laboral es la huelga, debería resultar especialmente preocupante el restrictivo marco que dicho derecho fundamental enfrenta en Chile. En efecto, el ejercicio del derecho de huelga se encuentra en Chile sujeto a un contexto particularmente hostil, especialmente en comparación a otros derechos fundamentales. Dicha hostilidad se expresa en múltiples restricciones provenientes de distintas fuentes: desde la propia regulación legal y la jurisprudencia judicial, hasta el trato dispensado a la misma por el discurso público de los medios de comunicación social.

No es de extrañar, entonces, que ante tantas restricciones y trabas para el ejercicio del derecho de reivindicación laboral por excelencia como es la huelga, los trabajadores chilenos opinen mayoritariamente, por un 74%, que “no tienen ninguna capacidad para influir en el nivel de remuneraciones que reciben”<sup>9</sup>.

En adelante, y siguiendo una línea de este informe de derechos humanos en años anteriores en materia de Derecho del Trabajo, revisaremos la particular situación del derecho de huelga y las significativas restricciones que su ejercicio viene soportando en los últimos años en Chile.

### *1. Restricciones normativas al derecho de huelga en Chile*

La regulación legal de la huelga en Chile se muestra como una total excepcionalidad tanto mirada desde el contexto del Derecho Comparado como desde la jurisprudencia consolidada de la OIT. Nuestro orden jurídico trasunta una agresiva actitud con respecto de la huelga, especialmente por parte del legislador, que responde, evidentemente, a la ideología dominante en los redactores de dicha regulación legal, el denominado “plan laboral” de 1978. Dichos redactores pretendían negar el conflicto colectivo en las relaciones laborales, al que se acusaba de propio, sin vacilaciones, de doctrinas marxistas<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Encuesta Consejo Asesor Presidencial de Equidad y Trabajo, punto I, número 3, letra a.

<sup>10</sup> El redactor de la legislación laboral de la dictadura, conocido en el mundo del trabajo como el plan laboral (DL 2.758 de 1979), lo expresaba así: “el plan laboral partió de premisas muy distintas a las de la antigua legislación al momento de diseñar el proceso de negociación colectiva. La idea básica fue sacar a este proceso de la arena de conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente –con gran satisfacción de los partidarios de la lucha de clases– y devolverlo a su función natural, que es mantener

El legislador chileno regula con detallismo el ejercicio de la huelga. Se distancia, en ese sentido, nuestra legislación laboral de aquellos sistemas de relaciones laborales donde se da prioridad a la autonomía colectiva de los actores laborales, y se asume un cuidadoso respeto a las acciones de tutela, propias de la libertad sindical como es la huelga. Desde casos como el italiano o el francés, hasta las muestras de abstencionismo en nuestro entorno, como el caso argentino o el uruguayo<sup>11</sup>.

En nuestro continente, Uruguay se encuentra en el extremo opuesto al caso chileno: salvo las normas que regulan los servicios esenciales, contenidos en la ley N° 13.720, existe total silencio normativo sobre el ejercicio de la huelga, atendido

“la tradicional oposición de la clase trabajadora a toda reglamentación del derecho de huelga, por considerar que el mero hecho de reglamentar un instituto de este tipo, implica, de algún modo, limitarlo”<sup>12</sup>.

En contraposición, nuestro modelo de huelga legalmente intervenido se acerca a aquellos países de escasa sindicación y de poca tradición de diálogo social, que se caracterizan por una fuerte aversión al conflicto colectivo, y una fuerte preeminencia tanto de la autonomía individual como de la injerencia estatal<sup>13</sup>. El caso chileno, en todo caso, representa el extremo dentro de este modelo reglamentario. Así lo ha destacado la doctrina extranjera, llamando la atención en el papel marginal y restrictivo que nuestra legislación le ha asignado al derecho de huelga:

---

la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”. José PIÑERA, *La revolución laboral en Chile*, Santiago, Zig Zag, 1990, p. 49.

<sup>11</sup> En Italia, la Constitución de 1947, en su artículo 40, consagra el derecho a huelga y deberá ejercerse según las leyes que lo regulan. Nunca se ha dictado una ley sistemática o reglamentaria de la huelga, y sólo existen normas específicas para los servicios esenciales (ley N° 146 de 1990). Una situación similar es el caso francés, donde la Constitución de 1946 señala, en el párrafo 7 del preámbulo, que: “el derecho de huelga se ejerce dentro del cuadro de leyes que lo reglamentan”, leyes reglamentarias que nunca se han dictado, dando un marco de plena autonomía a la acción colectiva de los trabajadores.

<sup>12</sup> Jorge ROSENBAUM, Eduardo AMEGLIO y Juan RASO, *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo en Uruguay*, FCU, 1994, p. 310.

<sup>13</sup> Optan por un modelo de huelga reglamentaria o intervenida legalmente países como Ecuador (capítulo II del *Código del Trabajo*), Perú (decreto ley N° 25.593 de 1992), Panamá (artículos 398 y ss. del *Código del Trabajo* de 1971), Colombia (capítulo IV del *Código del Trabajo*).

“La posición marginal surge de la propia ubicación que muchas legislaciones le otorgan al ejercicio del derecho de huelga como mecanismo de auto tutela y de solución de conflicto. Según las características del derecho reglamentario de las legislaciones incluidas en estudio, el derecho de huelga es puesto lo más lejos posible de su utilización efectiva y aún aceptándolo (porque no hay más remedio) se prevén formas de intervención estatal que arrasan con el derecho fundamental sin correspondencia o contrapartida. Tal es el caso, por ejemplo, de Chile donde la ley plantea la posibilidad de que la autoridad estatal corte el desarrollo de la huelga con un acto de autoridad del Poder Ejecutivo. Este síntoma de marginación se aprecia también, sin llegar al extremo chileno, cuando se plantea en muchas legislaciones de la región que la huelga sea utilizada como el último recurso (legislación brasilera, peruana, colombiana, entre otras)”<sup>14</sup>.

### 1.1. Alcance y finalidad del derecho de huelga

La huelga es considerada en nuestra legislación como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, contemplado en el *Código del Trabajo*. La ley laboral chilena sólo permite la huelga en la etapa posterior a la negociación directa de las partes, y como una medida de acción directa vinculada única y exclusivamente a la negociación o renegociación de un contrato colectivo.

Fuera de la negociación colectiva, dirá Irene Rojas, la huelga constituiría una falta disciplinaria, por lo que tendría efectos contractuales. Además, también podría constituir un delito al tipificarse la figura de “interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga”, que contempla la ley N° 12.957, de 1958, sobre Seguridad Interior del Estado<sup>15</sup>.

Se aleja así nuestra ley de la huelga como un derecho de finalidad múltiple y de ejercicio autónomo por sus titulares, restringiendo su alcance al estricto ámbito de la negociación colectiva reglada y dentro del estricto momento previsto por la ley: posterior al fracaso de la negociación directa entre las partes.

Así, en aquellas sociedades más respetuosas de la libertad sindical, la finalidad de la huelga no está regulada por la ley, y dejan

---

<sup>14</sup> Héctor FERNÁNDEZ, “Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, N° 10, Uruguay, 1996, p. 75.

<sup>15</sup> Irene ROJAS, “Las reformas laborales al modelo normativo de la negociación colectiva del plan laboral”, en *Ius et praxis*, N° 13, Talca, 2007, p. 8.

a los actores sindicales determinar cuál será el objetivo de la huelga respectiva<sup>16</sup>. El caso chileno, incluso, se aleja del modelo de huelga mayoritario en el Derecho latinoamericano<sup>17</sup>. En estos casos, a pesar de las restricciones legales, los diversos ordenamientos le reconocen a la huelga una pluralidad de objetivos o finalidades legítimas tales como reivindicaciones salariales, de solidaridad, de cumplimiento de contratos colectivos, etcétera.

El modelo contractualista de huelga, en cambio, fija una única y determinada finalidad para la huelga: la negociación o renegociación de un convenio colectivo. De modo tal, que cualquier huelga que no persiga ese único objetivo –el deseado expresamente por el legislador– debe ser considerada ilícita. Uno de los pocos casos en el Derecho Comparado de un modelo tan restrictivo corresponde a la legislación chilena<sup>18</sup>. Se desconoce así cualquier otro objetivo que no sea la reivindicación contractual dentro del procedimiento reglado de negociación colectiva previsto por la ley. En Chile, en consecuencia, son ilegales tipos y modalidades de huelgas consideradas lícitas en el Derecho Comparado como son, entre otras, las huelgas de rei-

---

<sup>16</sup> En nuestro continente, le reconocen a los trabajadores y sus organizaciones, determinar la finalidad de la huelga Uruguay, Argentina o Brasil. En el caso brasileño, a pesar de que existe una regulación legal expresa de la huelga (ley 7.783/89), se reconoce por el propio texto constitucional que “competen a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de ejercicio y sobre los intereses que por medio de la huelga deban defenderse” (art. 9 de la Constitución de 1988).

En esta misma situación se encuentra el caso italiano, donde la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero no señala qué finalidad debe perseguir, cuestión que tampoco ha quedado determinada por el legislador, que, como señalamos, no ha dictado ley al respecto. Ello ha llevado a la Corte Constitucional a construir un concepto amplio de huelga: “la abstención colectiva del trabajo dispuesta por una pluralidad de trabajadores, para el logro de un fin común”. En la misma situación se encuentra Portugal donde la Constitución señala, en su artículo 58 N°1 y 2, que “es garantizado el derecho a huelga” y que “competen a los trabajadores definir el ámbito de intereses a defender a través de la huelga, no pudiendo la ley limitar ese ámbito”.

<sup>17</sup> Es el establecido, entre otros, en Ecuador (art. 490 del *Código del Trabajo*), México (artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo), Panamá (artículo 480 del *Código del Trabajo*).

<sup>18</sup> La doctrina cita como otro ejemplo de modelo de huelga contractual al caso peruano, regulado por el DL N° 25.593 de 1992, legislación que “en su afán de controlar y reprimir las medidas de presión de los trabajadores, las limita a la modalidad clásica de huelga, bajo grandes requisitos y proscribiendo todas las demás formas en que se expresa en realidad este derecho. Alfredo VILLAVICENCIO, “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú”, en AAVV, *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 267.

vindicación política-económica, las de solidaridad, las defensivas de cumplimiento del convenio colectivo, etcétera.

Aunque la OIT no ha señalado un modelo como correcto entre los anteriormente explicados, sí ha explicitado las prohibiciones normativas que lesionan el derecho de huelga y el contenido normativo del convenio N° 87 sobre libertad sindical. En ese sentido, cabe recordar que la OIT ha señalado, a través del Comité de Libertad Sindical, que:

- “Que la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical” ( OIT 1996, párrafo 493).
- “Los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en si misma, legal (OIT 1983b, párrafo 217); ‘la prohibición general de huelgas de solidaridad podría ser abusiva’ ” (párrafo 168, OIT 1994a).
- “Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros” (párrafo 484, OIT 1996).
- “La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical” (párrafo 489, OIT 1996)<sup>19</sup>.

De este modo, como es fácil de advertir, el actual modelo contractualista restrictivo de la legislación chilena vulnera el derecho de

---

<sup>19</sup> El Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT, cuya misión es conocer, tramitar y resolver las cuestiones concretas planteadas en queja, para determinar si se ajusta o no a los principios de la libertad sindical contenidos especialmente en los convenios N° 87 y 98 de la OIT. Su fundamento corresponde a la Constitución de OIT, la Declaración de Filadelfia y las Decisiones del Consejo de Administración, adoptadas entre las reuniones 117<sup>a</sup> (noviembre de 1951) y 209<sup>a</sup> (mayo - junio de 1979).

huelga como manifestación de la libertad sindical contemplada en el convenio N 87 de la OIT en todas sus dimensiones. Por eso, no debe llamar la atención que esta concepción restrictiva en extremo haya llevado a la OIT ha cuestionar la normativa legal chilena, señalándole directamente al gobierno que:

“La Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal”<sup>20</sup>.

No resulta extraño, entonces, que buena parte de los movimientos laborales de connotación pública en Chile, que a la luz del Derecho Internacional deberían ser considerados lícitos, sean calificados en nuestro país de ilegales. En efecto, en el año 2007, el número de huelgas ilegales alcanzó a ciento treinta y cinco, casi el mismo número que alcanzaron las legales: ciento cuarenta y ocho<sup>21</sup>. Dicha situación crea un complejo escenario para los trabajadores chilenos, ya que los movimientos y la acción colectiva que no se ajuste al estrecho y restrictivo marco de la ley vigente, es rápidamente descalificado, tanto por la autoridad como por las empresas, por su naturaleza de ilegal, relegando a un segundo plano el fondo y el contenido de dichos movimientos.

En el año 2007 se vivió un caso paradigmático de lo anterior, con la huelga iniciada por los trabajadores de las diversas empresas contratistas de CODELCO, calificada por la empresa de ilegal, y motivada por las condiciones salariales de dichos trabajadores y la

---

<sup>20</sup> Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al gobierno de Chile, Convenio N° 87, párrafo anexo IV, 2002. La Comisión de Expertos en Aplicación de Normas es un órgano de control de la OIT cuya función es evaluar, a partir de los informes enviados por los países miembros, el grado de cumplimiento de los tratados internacionales de la OIT.

<sup>21</sup> Dirección del Trabajo, Departamento de Relaciones Laborales.

evidente diferencia económica con los trabajadores contratados directamente por la empresa estatal, corresponde a una huelga que se encuentra dentro del marco que, en conformidad a la doctrina de la OIT, debería ser considerada lícita.

Los trabajadores contratistas de CODELCO justificaron su acción, tanto en razones salariales –sus bajas remuneraciones–, como en razones político-profesionales, las discriminatorias condiciones económicas en que trabajan en relación con los trabajadores directos de la empresa estatal en situación comparable.

Y, aunque en Chile es plenamente legal la negociación colectiva de carácter voluntario entre trabajadores de distintos empleadores y una empresa en particular, como sería en este caso CODELCO, las peticiones de los trabajadores contratistas fueron descartadas, más que por su contenido, por tratarse de una huelga ilegal, tanto por los ejecutivos de la empresa como por el propio gobierno.

En este último caso, y referido al conflicto con los contratistas de la estatal minera, el ministro Secretario de Gobierno, Ricardo Lagos Weber señaló que: “la División Andina del Teniente está operando normalmente por lo que desestimó que exista una huelga ya que a su juicio era ilegal”<sup>22</sup>.

Este punto de utilizar argumentativamente el restrictivo marco legal de ejercicio de la huelgas para descalificar de antemano cualquier justificación de ellas, soslayando los problemas laborales o sociales que las han generado, fue especialmente intenso en las huelgas que en los últimos dos años han involucrados a los trabajadores de contratistas de CODELCO. Así, sectores sensibles al mundo empresarial destacaban que:

“(…) el Código del Trabajo establece las condiciones para que la huelga pueda ser usada como instrumento de presión en la negociación, y ninguna de ellas se ha cumplido en este conflicto. Es decir, fue una paralización ilegal y por tanto los empleados que no se presentaron a sus tareas pueden ser despedidos sin mayor discusión. Obligar a pagar esos días no trabajados u recontractarlos no está vigente en ninguna parte de la ley y por tanto es un nuevo y peligro precedente”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> *El Mercurio*, sección Nacional, Santiago, 25 de junio de 2007.

<sup>23</sup> “La batalla de Codelco”, El blog de Tomas Flores, Terra, en [www.terral.cl](http://www.terral.cl), 16 de mayo de 2008. Visitada 20 de mayo de 2008.



En ese sentido, el ejercicio de la huelga no sólo es objeto de hostigamiento, por su eventual ilegalidad, sino, también, por su oportunidad y pertinencia, siendo cuestionada permanentemente por el empresariado, como ocurrió profusamente con el caso de CODELCO:

“la minería está alerta a las repercusiones (de la huelga en CODELCO). Para el resto del mercado, éste y otros conflictos surgidos en el último tiempo se leen como presiones organizadas para reducir la subcontratación y modificar el ámbito de la negociación colectiva”,

señalaba Rossana Costa, del Instituto Libertad y Desarrollo. Dicha columnista agregaba, con evidente tono de alarma y sin mencionar las causas laborales del movimiento laboral, que:

“las decisiones de inversión (referidas a cuánto invertir y a si hacerlo con mayor o menor intensidad en mano de obra) incorporan con creciente pesimismo las expectativas sobre futuras reformas legales anunciadas en materia de negociación colectiva”<sup>24</sup>.

### *1.2. Regulación del ejercicio del derecho de huelga: la “procedimentalización”*

Una de las principales formas de restringir el derecho a huelga es la construcción, desde la ley, de un procedimiento que fije, con detalles, cómo se ejerce dicho derecho, determinando las formalidades, la oportunidad y los plazos de la huelga.

Y nuevamente aquí se expresan las diferencias entre los distintos modelos laborales: los respetuosos *in extremis* de la libertad sindical, y que no fijan ningún tipo de procedimiento o requisitos formales para el ejercicio de este derecho fundamental. En la vereda opuesta, los modelos intervencionistas de relaciones laborales, que ven en la regulación legal procedimental una buena ocasión para controlar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga.

En este último caso, común en nuestro continente, la “procedimentalización” de la huelga se establece más que como un modo de ordenar y racionalizar el ejercicio de un derecho de conflicto, como

---

<sup>24</sup> “Conflicto de Codelco y sus consecuencias”, en *El Mercurio*, Santiago, 30 de julio de 2007.

modo de un evitarlo o dificultarlo, y en ocasiones a todo costa<sup>25</sup>. Como señala Oscar Ermida

“generalmente las Constituciones hacen el trabajo ‘lindo’ de consagrar el derecho con bastante amplitud y luego el legislador hace el trabajo ‘sucio’ o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según cada caso”<sup>26</sup>.

La Constitución de 1980 de la República de Chile, si bien no enuncia explícitamente el derecho a huelga, según la doctrina nacional, dicho derecho ha sido reconocido como una garantía constitucional implícita, afirmación que estaría avalada por la historia del texto fundamental<sup>27</sup>. Asimismo, lo ha sostenido la Corte Suprema de Chile señalando que: “en nuestro país la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado”<sup>28</sup>. Y en ese sentido, tal como lo señala la jurisprudencia citada, la única restricción constitucional vendría dada por la prohibición de su ejercicio por parte de los funcionarios públicos (art. 19 número 16).

El legislador del “Plan Laboral”, en cambio, asumió con vehemencia las limitaciones del derecho de huelga, estableciendo un procedimiento restrictivo para el ejercicio de dicho derecho.

---

<sup>25</sup> La intervención legal de la huelga, especialmente en los países del lado del océano Pacífico de América Latina, poseedores de sistemas laborales débiles, con déficit sindicales y mínima negociación colectiva, ha tenido un derrotero común: el intento deliberado por su proscripción. Como explica Alfredo Villavicencio, en una cita que sintetiza la historia de cualquiera de los países de este lado del continente: “la regulación del derecho de huelga en Perú comienza tempranamente en 1913, por medio del Decreto Supremo del 24 de Enero, con el cual se va inaugurar una tradición normativa restrictiva y represiva que buscará limitar los alcances del derecho, prohibirlo para determinadas categorías, amedrentar a los huelguistas, sanciones penales, despidos o la privación de ciertos derechos”. VILLAVICENCIO (n. 18), p 257.

<sup>26</sup> Oscar ERMIDA, *Apuntes sobre la huelga*, Uruguay, FCU, 1996, p. 133.

<sup>27</sup> “En síntesis, y más allá de la intención declarada de ciertos miembros de la Comisión Ortúzar, lo cierto es que la huelga debe ser configurada, dentro del texto constitucional, como un derecho sujeto a las limitaciones que la propia Carta Fundamental indica”. Pedro IRURETA, “Constitución y orden público laboral”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 9, Santiago, UAH, 2006, p 197. En el mismo sentido José Luis UGARTE, “La libertad sindical y la Constitución del 80: como superar una vieja lectura”, en *Revista Laboral Chilena*, Santiago, 2000, p. 69 y ss.

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA, Rol N° 7.244, de 30 de agosto de 1988.

La regulación legal chilena considera las siguientes reglas de procedimiento:

- a) *Oportunidad*: los trabajadores deben decidir la huelga dentro de los últimos cinco días de vigencia del contrato colectivo o, en su defecto, dentro de los últimos cinco días de un total de cuarenta y cinco desde la presentación del proyecto. Siempre que la negociación no este sometida a un arbitraje voluntario o obligatorio.
- b) *Declaración*: la votación debe efectuarse ante un ministro de fe en forma personal y secreta. La ley regula, al límite del absurdo, cómo deben imprimirse los votos: señala el artículo 372 del *Código del Trabajo* que deben consignar la expresión “huelga” o “última oferta del empleador”.
- c) *Quórum de aprobación*: la huelga debe ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en ella.
- d) *Plazo para implementar la huelga*: la ley señala que los trabajadores deben hacer efectiva la huelga dentro de tres días de votada, ni antes ni después, pudiendo prorrogarse el plazo por acuerdo de las partes.
- e) *Buenos oficios*: cualquiera de las partes dentro de las cuarenta y ocho horas de acordada la huelga puede solicitar los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, el que es obligatorio para la empresa o los trabajadores involucrados. Mientras duran los buenos oficios, plazo que no puede exceder de cinco días hábiles, la huelga se entiende suspendida.

A pesar de que la regulación de un procedimiento no es contraria a priori con la libertad sindical, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que: “los procedimientos legales para declarar la huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal”<sup>29</sup>.

En rigor, las normas de procedimiento de huelga previsto por el *Código del Trabajo* en Chile ya descritas (quórum, votación, etc), no han sido objetadas por ser contrarias a la libertad sindical. Con todo, si han sido objeto de impugnaciones expresas de la OIT, las consecuencias previstas por nuestra legislación laboral frente a lo que podríamos denominar “fallas procedimentales” de la huelga por parte de los trabajadores.

En efecto, la legislación laboral chilena establece una especie de “presunción de voluntad colectiva tácita” a favor del empleador, cuestionada por la OIT.

---

<sup>29</sup> Véase 279º Informe, caso núm. 1566 , párrafo 89.

En el artículo 373 del *Código del Trabajo* se señala que:

“La huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación. Si no obtuvieren dicho quórum se entenderá que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador”.

Sobre este particular, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que:

“La Comisión estima que la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores no puede ser deducida, tal como lo establece el artículo 373, de la falta de quórum en la votación para declarar la huelga. En efecto, desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación”<sup>30</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 374 del *Código del Trabajo* dispone:

“Acordada la huelga, ésta deberá hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación. Este plazo podrá prorrogarse, por acuerdo entre las partes, por otros diez días. Si la huelga no se hiciera efectiva en la oportunidad indicada, se entenderá que los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de ella y, en consecuencia, que aceptan la última oferta del empleador”.

Sobre esta disposición, la OIT le ha objetado nuevamente la legislación chilena al indicar que:

“La Comisión considera el hecho de no hacerse efectiva la huelga dentro de tres días de acordada no debería significar la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores. La misma debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o sus representantes”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Comentarios de la Comisión... (n. 20), párrafo 2, anexo IV.

<sup>31</sup> *Ibid.*

Asimismo, la OIT agrega que: “los trabajadores no deberían perder sus derecho de recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma”<sup>32</sup>.

Resulta llamativo que junto con la fijación de un plazo por ley entre la aprobación de la huelga y su ejecución, la ley establezca una suerte de nueva votación –al exigir que la mayoría de los trabajadores haga efectiva la huelga ya votada días antes–, y presuma que, de no conseguirse en esta instancia la mayoría absoluta, la huelga cede a favor de la última oferta del empleador.

Este sistema de doble votación, primero al momento de votarla, y luego al momento de hacerla efectiva, es una traba innecesaria que lesiona la autonomía sindical y debilita el ejercicio del derecho de huelga. En efecto, la experiencia muestra que ese plazo es un difícil período donde buena parte de las huelgas no logran sostenerse por la fuerte presión a la que son sometidas las organizaciones sindicales y los trabajadores que han votado la huelga. De hecho, aquí podría estar una de las explicaciones de porque en Chile se declararon en el año 2007 *seiscientos cuarenta y cinco* huelgas, pero sólo se hicieron efectivas *ciento cuarenta y seis*.

Un ejemplo de lo anterior correspondió a la huelga que afectó a la empresa Falabella Pro Limitada y que, según se informó en los medios, sería la primera huelga en los ciento dieciocho años de existencia de esa multitienda<sup>33</sup>. Se trataba de un sindicato creado el 13 de julio de 2007 y constituido por trabajadores recientemente internalizados por Falabella en cumplimiento de la ley de subcontratación.

Con fecha 10 de septiembre del 2007, los trabajadores presentaron su proyecto de contrato colectivo, dando inicio a una negociación que no lograría el acuerdo directo entre las partes. En ese escenario, los trabajadores votaron la huelga el día 29 de noviembre de 2007, pero debieron esperar el plazo de tres días que la ley impone para hacerla efectiva, el que se vio aumentado por la mediación de “buenos oficios” de la Inspección del Trabajo.

Precisamente, mientras se esperaba el cumplimiento de dicho plazo, legal la empresa, según la denuncia efectuada por la Inspección del Trabajo,

“votada favorablemente la huelga, y mientras se desarrollaba la instancia de buenos oficios, sacó de su puesto de trabajo a

<sup>32</sup> Comentarios de la Comisión... (n. 20), párrafo 2, anexo IV.

<sup>33</sup> Véase <http://ciperchile.cl/2008/02/01/falabella-pro-la-huelga-de-hambre-que-alerto-al-retail>. Visitada el 15 de abril de 2008.

la Presidenta del Sindicato, mientras en ese momento a una trabajadora del grupo disidente se le facilitó recolectar firmas para no llevar a cabo la huelga, presionando a los trabajadores. Así también, el empleador impidió el desplazamiento de los dirigentes sindicales, dando órdenes a los guardias de seguridad para impedir el acceso de éstas a las dependencias de la empresa, situación que fue constatada por un fiscalizador de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, don Marcelo Faúndez Saavedra. Que, el día en que debía hacerse efectiva la huelga, el empleador facilitó medios de transporte (radio taxis) a los trabajadores para que ingresaran a trabajar más temprano, de manera que no pudiera alcanzarse el quórum necesario para materializarla. Situación que se cumplió en los hechos, ya que gran parte del personal, presionado por el empleador, ingresó tempranamente a trabajar”<sup>34</sup>.

El 7 de diciembre, día para hacer efectiva la huelga:

“se efectuó una reunión del Sindicato en la calle Ahumada frente al número 179, habiendo unos 50 guardias de seguridad, y otras personas grabando y filmando a las dirigentes y socios del Sindicato. La Asamblea para resolver la ejecución de la huelga (lo que debería ocurrir en la suma de los turnos entre 09.00 y 10.30 hrs.), no tuvo el quórum necesario porque gran parte del personal, presionado en los términos arriba descritos, ingresó a la empresa tempranamente”<sup>35</sup>.

Al final, la huelga del sindicato de trabajadores de Falabella Pro Ltda. no se hizo efectiva, y dio lugar a una medida desesperada de los trabajadores: una huelga de hambre de las tres dirigentes sindicales por el lapso de ocho ocho días. El proceso concluyó después de la intervención del ministro del Trabajo Osvaldo Andrade, con la firma de un contrato colectivo por un período de vigencia de tres años, y una denuncia ya señalada contra la empresa Falabella Pro Ltda. por prácticas antisindicales.

---

<sup>34</sup> Denuncia por prácticas antisindicales contra Falabella Pro Limitada presentada por la Inspección del Trabajo con fecha 4 de marzo de 2008, ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo.

<sup>35</sup> Denuncia presentada a la Inspección del Trabajo por el Sindicato de Empresas de Servicios Falabella Pro Limitada de fecha 8 de enero de 2008.

### 1.3. Huelga en los servicios esenciales

Uno de los puntos más críticos de la normativa sobre la huelga es la regulación legal de los denominados *servicios esenciales*. La complejidad de este punto viene dada por el cruce de bienes jurídicos valiosos como es la satisfacción de ciertas necesidades públicas relevantes, y el derecho de huelga propiamente tal.

La OIT ha sostenido que, por tratarse de un derecho fundamental de la libertad sindical la huelga, sólo puede estar excepcionalmente restringida, y por eso en la terminología de dicho organismo internacional se ha acuñado la expresión “servicios esenciales en sentido estricto del término”<sup>36</sup>. La OIT ha dicho que por servicios esenciales debe entenderse “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población” (OIT, 1983, párrafo 214).

En el Derecho chileno se regula esta cuestión en el artículo 384 del *Código del Trabajo*:

“No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

- a) Atiendan servicios de utilidad pública, o
- b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción”.

---

<sup>36</sup> Se abandona así la idea inicial de “identificar servicios esenciales con sector público y también superada la idea del mero perjuicio público por su vaguedad”. ERMIDA (n. 26), p. 161.

Respecto de lo dispuesto en esta norma legal, se ha criticado, en particular, sus términos ambiguos y exageradamente amplios. En este sentido, por ejemplo, se ha pronunciado la Comisión de Expertos de la OIT al señalarle al gobierno de Chile que:

“La Comisión recuerda que la legislación puede establecer que el derecho a huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado (véase Estudio General, 1994, párrafos 158 y 159). En ese sentido, la Comisión observa que la legislación vigente es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicios esenciales”<sup>37</sup>.

En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, señalando que le preocupa “la amplitud de esta norma que permite prohibir la huelga cuando se trate de servicios esenciales”<sup>38</sup>. Por lo mismo, aliena al gobierno de Chile que revise “el artículo 384, que contiene una definición demasiado poco precisa de los servicios esenciales en que la huelga está prohibida”.

El gobierno, intentando dar a su modo cumplimiento a las solicitudes directas de la OIT, redujo del año 2005 a 2006 la lista de empresas que administrativamente eran impedidas de ejercer su derecho fundamental a huelga. La resolución N° 35, del 24 de julio de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, contempla treinta y una empresas cuyos trabajadores están impedidos de recurrir a la huelga<sup>39</sup>. Se excluyeron, entre otras, a las empresas sanitarias del citado acto administrativo, permitiendo a sus trabajadores el recurso a la huelga como, asimismo, el Banco Central.

---

<sup>37</sup> Comentarios de la Comisión... (n. 20), párrafo 2, anexo IV.

<sup>38</sup> Tercer Informe Periódico de Chile sobre aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 44<sup>a</sup> y 46<sup>a</sup> Período de Sesiones, párrafo 41, 2004.

<sup>39</sup> Se incluyen empresas de diversos rubros, entre otras: Ferrocarril Arica - La Paz Gasco S.A., Chilectra S.A. Terminal Puerto de Arica S.A., Energía de Casablanca S.A.



La explicación de la reducción en relación con las empresas sanitarias, es que:

“éstas cuentan con la mayor cantidad de trabajo operativo bajo régimen de subcontratación, por lo tanto, desde la perspectiva impulsada por este Ministerio, la restricción a la huelga no tiene justificación real. Además, en virtud, de los criterios fijados por la OIT, no se están incluyendo las nuevas empresas sanitarias que ingresan al sector”<sup>40</sup>.

No es difícil observar que dicho criterio sería fácilmente extensible a buena parte de la lista de empresas incluidas en la resolución ministerial vigente, y el gobierno, no obstante ello, las mantiene en la lista de empresas cuyos trabajadores no pueden recurrir a la huelga. El año 2007, sin embargo, el gobierno habría detenido la reducción de la lista de empresas cuyos trabajadores no pueden recurrir al derecho fundamental de huelga<sup>41</sup>. La razón fue públicamente explicada en los medios:

“Agitación provocó ayer en el gobierno que trascendiera la decisión de eliminar a las empresas de eléctricas del listado de compañías estratégicas cuyos trabajadores no pueden realizar huelgas. Y aunque el decreto que se publicará el 31 de julio ya estaba listo, sólo a la espera de las firmas de los Ministros de Economía, Trabajo y Defensa, ayer se inició un nuevo proceso de estudio. Tras las presiones que han ejercido las empresas eléctricas para detener la medida, el ministro de Economía, Alejandro Ferreiro pidió ayer a sus asesores reunir nuevamente todos los antecedentes del caso, para reconsiderar su posición”<sup>42</sup>.

La presión empresarial habría tenido éxito: el gobierno mantuvo a las empresas eléctricas en la resolución N° 30, del 27 de julio

---

<sup>40</sup> “Gobierno Reduce Listado de Empresas que no Pueden Declarar la Huelga Legal”, Noticias, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en [www.mintrab.gob.cl](http://www.mintrab.gob.cl), visitada el 16 de junio de 2008.

<sup>41</sup> En rigor, la lista de empresas excluidas de la huelga no sólo no se redujo del año 2006 al 2007 sino que aumentó, ya que sin explicación pública de por medio, el gobierno volvió a incluir en la misma al Banco Central, empresa a la que se había excluido un año antes.

<sup>42</sup> Diario *La Tercera*, Santiago, 26 de julio de 2007.

de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Dicha decisión administrativa fue impugnada judicialmente por las organizaciones sindicales del sector eléctrico, mediante un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, obteniendo un resultado desfavorable, finalmente, confirmado por la Corte Suprema<sup>43</sup>. Sobre esta cuestión volveremos en las restricciones institucionales al derecho de huelga<sup>44</sup>.

En sus observaciones del año 2008, la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT, vuelve a indicarle al gobierno de Chile que la norma legal en cuestión

“es demasiado amplia y va más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, seguridad o la salud de las persona en toda o parte de la población”<sup>45</sup>.

Pero, esta vez, también considera demasiado amplia la lista elaborada por el gobierno, y le señala que, a pesar de la reducción experimentada en el año 2006,

“la Comisión observa que en dicha lista se incluyen algunas terminales portuarias de carácter privado, así como el ferrocarril Arica- La Paz, que no pueden ser considerados como servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

El mismo reproche le ha formulado al Estado de Chile el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, señalando que: “le inquieta que los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384”<sup>46</sup>.

Aunque parece positivo el intento del gobierno de reducir la lista de las empresas cuyos trabajadores están exceptuados del derecho de huelga, cabe señalar, en todo caso, que lo exigido por los organis-

---

<sup>43</sup> CORTE SUPREMA, rol 6116, del 2 de enero de 2008.

<sup>44</sup> Recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago de la Federación de Sindicatos del Grupo Enersis, Chilectra S.A., Compañía Americana de Multiservicios Limitada, Colina Limitada y otras filiales y por la Federación Nacional de Trabajadores de las Empresas de la Compañía General de Electricidad, rol 4576/2007.

<sup>45</sup> Observaciones a Chile, Informe III, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 100, 2008.

<sup>46</sup> Observaciones finales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Chile, 2004, párrafo 41.

mos internacionales (OIT y Comité DESC) no es la reducción de la lista administrativa en cuestión, sino *la reforma legal del artículo 384 del Código del Trabajo*, para reducir los supuestos de “servicios esenciales” que impiden el ejercicio al derecho a huelga.

Como es fácil advertir, llama la atención que la norma legal entregue a las autoridades administrativas la determinación de cuáles son las empresas de servicios esenciales, y en consecuencia, determinar quiénes quedan privados de su derecho fundamental a la huelga. La restricción de un derecho fundamental debería estar en la ley, y no en manos de una autoridad administrativa, y en caso de excepción, esas restricciones deberían ser aplicadas por los tribunales de justicia, respetando el respectivo debido proceso exigido por la Constitución<sup>47</sup>.

Con todo, el artículo 384 del *Código del Trabajo* vulnera el principio de esencialidad del artículo 19 número 26, pues regula un derecho constitucional, sin que se respete su contenido esencial, al permitir sin limitación alguna su completa supresión por una resolución administrativa, y vulnera, al mismo tiempo, el derecho a un debido proceso (19 número 3), porque la norma legal no entrega, con las garantías del caso, dicha determinación a los tribunales de justicia, sino que a la de una autoridad administrativa, en este caso en particular, a la de tres ministros de Estado.

Aunque la Constitución de 1980 señala que la ley fijará un procedimiento para la determinación de las empresas que atienden servicios esenciales, el artículo 374 no contempla tal procedimiento, sólo señala quiénes harán la calificación, ni menos establece, conforme lo exige la Constitución, uno que tenga las características de “justo y

---

<sup>47</sup> “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos; La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos; Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta; Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

racional” (artículo 19, número 3). Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional:

“que, si bien por regular conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse ajustado y conforme a reglas, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho, por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativos” (Sentencia, rol 167, 06.04.93, considerando 12).

Esa norma legal, como ya señalamos, adolece de un grave vicio de constitucionalidad, ya que deja en manos de una autoridad administrativa la existencia del derecho fundamental de huelga, cuya resolución administrativa no limita, sino que lisa y llanamente priva a los trabajadores de su derecho, sin que el citado precepto establezca el debido proceso para que los trabajadores afectados ejerzan las mínimas garantías de audiencia, de juez imparcial, etcétera.

Al respecto, cabe señalar, que con fecha 20 de noviembre del 2007, la Federación de Sindicatos del Grupo Enersis S.A, Chilectra S.A., y otras filiales, interpusieron un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC, en gestión judicial ante la Corte Suprema, en contra de la norma legal del artículo 384 del *Código del Trabajo*.

Las razones eran las aquí señaladas: la privación discrecional de un derecho fundamental por una autoridad administrativa sin respeto al debido proceso. Dicho recurso fue declarado *inadmisible* por el TC por considerarlo “sin fundamento razonable”<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> El TC rechaza la admisibilidad por una aparente razón formal como es la falta de fundamentación razonable de la presentación sindical, pero, en rigor, tal como lo sostiene el voto de minoría de ese fallo, lo hace con consideraciones sustanciales: “De lo expuesto en el mismo requerimiento resulta claro, entonces, que el artículo 384 del Código del Trabajo ha sido dictado para dar cumplimiento al mandato del inciso final del N° 16 del artículo 19 de la Constitución, por lo que resulta contradictorio que los ocurrentes soliciten que este Tribunal declare su inaplicabilidad por inconstitucionalidad basándose, precisamente, en que su aplicación al caso concreto vulnera la reserva legal prevista en la disposición constitucional que ordena su dictación, pues, de accederse a su pretensión, el resultado será la creación de un vacío legal que dejaría sin cumplirse un expreso mandato constitucional y, por consiguiente, en lugar de resolverse un conflicto de constitucionalidad

#### 1.4. Reemplazo de los trabajadores en huelga

El denominado reemplazo en la huelga, esto es, la posibilidad de que el empleador sustituya a los trabajadores que se encuentran ejerciendo el derecho a huelga, es uno de los puntos clave de la legislación colectiva chilena vigente, y que duda cabe, una piedra angular del plan laboral del régimen militar.

Los reemplazantes de los trabajadores en huelga –también llamados esquirols o rompehuelgas– corresponden a una institución jurídica excepcionalísima en el Derecho Comparado. Por eso, dirá la doctrina comparada que: “es usual encontrar en los ordenamientos jurídicos la disposición de que la declaratoria de huelga conlleva la prohibición del empleador de celebrar nuevos contratos de trabajo”<sup>49</sup>.

El reemplazo se encuentra prohibido en prácticamente todos los países de América Latina, incluso, aquéllos que comparten con Chile el modelo reglamentario restrictivo de la huelga al que ya nos referimos anteriormente. Así, sólo a modo de ejemplo, se encuentra prohibido en Colombia (art. 449 del *Código del Trabajo*), Ecuador (art. 494 *Código del Trabajo*), México (art. 8 Ley Federal del Trabajo) y Brasil (art. 7 de la ley N° 7.783). En Europa, y también a modo de ejemplo, esta prohibido la sustitución de trabajadores en la huelga en España (art. 6.5 DRLT 17/77), Francia (art. 124-2-3 del *Código del Trabajo*), en Portugal (art. 6 ley de huelga). En América del Norte, a su vez, y junto al caso mexicano ya señalado, cabe señalar que prohíben el reemplazo de trabajadores en huelga el *Código del Trabajo* de Québec-Canadá (art.109.1) e, incluso, en Estados Unidos la jurisprudencia mayoritaria considera ilegal el reemplazo permanente de trabajadores en huelgas cuando sean respuesta a prácticas desleales del empleador.

La explicación de la amplia recepción en el Derecho Comparado de la prohibición de la contratación de reemplazantes es bastante evidente: lesiona gravemente el contenido esencial del derecho de

---

dad se provocaría una situación de hecho contraria a la Constitución, lo que priva de su razonabilidad al fundamento del requerimiento de auto” (rol 996, 4 de diciembre de 2007). Como es fácil advertir, al TC más que preocuparle si la norma legal vulnera o no los preceptos constitucionales, le alerta la posibilidad de crear un vacío legal en la materia. De más estaría decir en este punto, que ésa es, precisamente, una de sus funciones: actuar de legislador negativo, creando vacíos legales cuando las normas que antes los ocupaban eran inconstitucionales.

<sup>49</sup> Bernardo VAN DER LAAT, “Conflictos colectivos, huelga y paro patronal”, en AA.VV. *El Derecho Sindical en América Latina*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 251.

huelga, vaciándolo en la práctica de la más mínima eficacia, haciéndolo simplemente irreconocible.

Y, si bien en el caso del artículo 381 del *Código del Trabajo*, los trabajadores mantienen nominalmente su derecho a huelga, ejercida la facultad de reemplazo por parte del empleador, ese derecho lisa y llanamente se hace irreconocible, privándolo de sus efectos propios frente a la empresa, quien mantiene la total la normalidad productiva. Tal como lo ha señalado el TC de Chile, a propósito del contenido esencial del derecho fundamental;

“el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta mas allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular”, debiendo “averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular”<sup>50</sup>.

Dicho de otro modo, derecho “es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”<sup>51</sup>.

En ese sentido, en el caso chileno, lo realmente criticable de la norma que establece el reemplazo –el artículo 381 del *Código del Trabajo*–, más que su excepcionalidad en el Derecho Comparado, es su *contradicción con el texto constitucional*, pues afecta el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho de huelga, reconocido implícitamente en el texto constitucional a través de la libertad sindical y la autonomía colectiva (art. 19 número 16 y 19) y reconocido en tratados internacionales de derechos humanos suscritos y vigentes en Chile –Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1) y el convenio 87 de la OIT (arts. 3, 8 y 10)–.

---

<sup>50</sup> TC, rol N° 280, considerando 14. En la misma línea, el TC de Colombia ha sostenido que: “se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas». En ese sentido, “según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización”, Sentencia C-033/1993.

<sup>51</sup> TC, rol N° 43, considerando 21° y rol N° 200, considerando 4°.

Al mismo tiempo, vulnera los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile y, en particular, el convenio N° 87 sobre libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Por eso mismo, ese organismo internacional ha declarado tajantemente que el reemplazo de trabajadores en huelga previsto por el citado artículo 381 menoscaba gravemente el derecho de huelga y repercute en el libre ejercicio de los derechos sindicales:

“La Comisión solicita al Gobierno tome las medidas para modificar el artículo 381 del Código del Trabajo que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumplimiento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta en la negociación. La Comisión toma nota de que el Gobierno señala que la modificación introducida por la ley núm. 19759 restringe dicha facultad exigiendo el pago de un bono de cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. A este respecto, la Comisión recuerda que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”<sup>52</sup>.

En esta misma línea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene su preocupación por:

“la posibilidad en virtud del Art. 381 Código del Trabajo para sustituir a los trabajadores en huelga” y “alienta Gobierno de Chile a que revise el artículo 381 del Código del Trabajo, que prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga”<sup>53</sup>.

En fin, es el propio legislador, ahora en democracia, quien ha reconocido silenciosamente que el reemplazo lesiona el derecho fundamental de huelga: lo ha prohibido expresamente en la Ley de Subcontratación (ley N° 20.123). En efecto, la nueva normativa legal

---

<sup>52</sup> OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones, Informe III, p .100, 2008, Chile.

<sup>53</sup> Tercer Informe Periódico de Chile sobre aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 44ª y 46ª Período de Sesiones, 18 y 19 de noviembre de 2004.

prohíbe la utilización de reemplazantes de trabajadores en huelga por la vía del suministro de trabajadores a través de empresas de servicios transitorios (artículo 183-P. letra b del *Código del Trabajo*).

En atención a todo lo anterior, es que parece poco comprensible que el gobierno de Chile haya dejado fuera de sus iniciativas de reforma laboral para el año en curso, el término del reemplazo de trabajadores en huelga. En efecto, el ministro del Trabajo, Carlos Andrade, “destacó el hecho de que en el proyecto sobre negociación colectiva no está considerado el reemplazo en huelga, como era la preocupación del empresariado”<sup>54</sup>.

No obstante, el debate está planteado y ya comienzan a escucharse cada vez con más persistencia las voces en el mundo político para la eliminación de esta cuestionada institución<sup>55</sup>. La Democracia Cristiana ha propuesto la eliminación del reemplazo en la huelga, sosteniendo su presidenta Soledad Alvear que: “esta normativa destruye el poder negociador de los trabajadores en una negociación colectiva. Chile debe ser uno de los pocos países en el mundo que contempla esta posibilidad”<sup>56</sup>. Asimismo, en su oportunidad, el ex presidente Ricardo Lagos había cuestionado la existencia de esta institución, señalando que: “Chile, hasta donde sé, es el único país que tiene esa norma”<sup>57</sup>. A

<sup>54</sup> “Andrade responde al presidente de la Sofofa por críticas al gobierno”, en *La Tercera*, Santiago, 30 de mayo de 2008.

<sup>55</sup> En Chile algunos han querido fundamentar el reemplazo en la huelga en una suerte de compensación efectuada por el “plan laboral”: a cambio de que el empleador pueda sustituir los trabajadores en huelga, se encuentra obligado a contratar colectivamente cuando los trabajadores se lo soliciten, ya sea por la obligación de contestar el proyecto del 322 del *Código del Trabajo*, ya sea mediante la figura de contratación colectiva unilateral prevista en el artículo 369 del *Código del Trabajo*. Cabe señalar que entre ambas instituciones no existe ninguna relación, de hecho la obligación de contratar es una disposición común en el Derecho Comparado –existe, entre otros, en Bolivia (art. 27), Costa Rica (art. 56), México (art.387), Panamá (art. 401)–, y en ninguno de esos casos existe reemplazo de trabajadores en la huelga. Y de hecho en los pocos países donde existe reemplazo, como Estados Unidos, no existe obligación de contratar. En rigor, la obligación de contratar para el empleador prevista por nuestra legislación no tiene por objetivo compensación alguna, sino simplemente establecer una forma para cerrar el conflicto y evitar lo que el legislador del “plan laboral” consideraba una posible duración excesiva del mismo.

<sup>56</sup> “La DC propone derogar la norma que permite el reemplazo de trabajadores en huelga”, en *La Tercera*, Santiago, 29 de abril de 2008.

<sup>57</sup> “Gobierno reaviva discusión laboral en plena campaña. Un llamado a avanzar en los derechos colectivos y la sindicalización de los trabajadores formuló ayer el Presidente Ricardo Lagos durante la promulgación de la nueva ley que agiliza y mejora el funcionamiento de los Tribunales del Trabajo. A menos de una semana de que terminara la primera vuelta en las elecciones presidenciales, el Mandatario propuso avanzar en el perfecciona-



pesar de su crítica, ni su gobierno ni el actual han presentado reforma legal alguna que intente su eliminación.

### 1.5. *El derecho de huelga y la Ley de Seguridad del Estado*

Una de las disposiciones más objetables en la actual legislación chilena sobre la huelga se encuentra fuera del *Código del Trabajo*, específicamente en la ley N° 12.597 sobre Seguridad Interior del Estado, y que establece como *delito* la “huelga” en determinadas circunstancias.

El artículo 11 de la Ley 12.597 dispone:

“Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio”.

Se trata de un completo despropósito legislativo el criminalizar las huelgas que no se sujetan a las leyes, disposición legal prácticamente injustificable en el estado actual de avance del Derecho Internacional, donde la huelga, como ya se ha apuntado reiteradamente en este capítulo, corresponde a un derecho fundamental. Se trata, en rigor, de una norma legal que más que dirigida a sancionar las huelgas ilícitas busca *criminalizar la disidencia política laboral*, y así lo confirma las veces que se le ha dado aplicación.

En una de sus aplicaciones, al finalizar de la dictadura militar, la Corte Suprema de Chile revocó un fallo absolutorio de la Corte de Apelaciones de Santiago, por queja presentada por el ministro del Interior de la época, decidiendo condenar a los dirigentes sindicales, Manuel Bustos y Arturo Martínez a relegación de quinientos cuarenta y un días a Parral y Chañaral, respectivamente. Lo central de di-

---

miento del sistema de negociación colectiva. “¿Puede Chile hoy día oponerse a eliminar una norma tan injusta como el reemplazo en el derecho a huelga? Chile, hasta donde sé, es el único país que tiene esa norma”, dijo durante su discurso. La visión del ministro del Trabajo, Yérko Ljubetic: “Ese fue uno de los temas en los que la derecha no nos permitió avanzar todo lo que queríamos en 2001 (.) Yo voy más lejos, me da vergüenza que en este país exista por ley el reemplazo”, dijo. Diario *El Mercurio*, Santiago, 16 de diciembre de 2005.

cho fallo es que fueron considerados como hechos constitutivos del delito del artículo 11 de la ley N° 12.597, el llamado a paro nacional que efectuó la CUT para el día 7 de octubre de 1987, para exigir el “término a la dictadura y el retorno a la democracia”<sup>58</sup>.

Precisamente, para evitar situaciones como la anterior, es que la Comisión de Expertos de la OIT reiteradamente le ha solicitado a Chile la derogación de la norma legal en cuestión, solicitud que se vuelve a repetir su último informe del año 2008. Así, la Comisión le ha representado directamente al gobierno de Chile que:

“La Comisión considera que únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la jurisdiccionalización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas deberían justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular (véase Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva, de 1994, párrafo 177). En consecuencia, la Comisión pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las disposiciones del Convenio y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada al respecto”<sup>59</sup>.

A pesar de esta directa petición de la OIT, el gobierno de Chile no ha hecho nada al respecto. Y en rigor, no sólo no ha mostrado intenciones de derogar la norma legal cuestionada por la OIT sino que ha hecho amagos de aplicarla, como ocurrió con la huelga de los contratistas de CODELCO durante el año 2007. En efecto, en declaraciones a la prensa, en julio de 2007, el ministro del Interior Belisario Velasco no descartó aplicar la ley de Seguridad Interior del Estado

---

<sup>58</sup> CORTE SUPREMA, rol 7244, 30 de agosto de 1988.

<sup>59</sup> Observaciones Individuales a Chile sobre Convenio N° 87 de Libertad Sindical, Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT, 2007.

“contra quienes protagonizan las violentas manifestaciones en el conflicto de Codelco”. Dicha autoridad política, agrega, que:

“nosotros no descartamos nada, pero tampoco amenazamos con nada. Vamos a hacer oportunamente la aplicación de las leyes que corresponda, porque nuestra tarea es mantener el orden público. No amenazamos, actuamos no más”<sup>60</sup>.

## 2. Restricciones institucionales al derecho fundamental de huelga

El diseño del sistema institucional para la aplicación del derecho fundamental de huelga es especialmente débil, lo que impone una significativa restricción a su ejercicio. La debilidad apuntada consiste en la falta de protección eficaz frente a las conductas empresariales que violentan el derecho de huelga, derivada de la inexistencia de un mecanismo de tutela judicial que atendido la naturaleza del derecho en cuestión –su rango fundamental y constitucional– esté provista de la velocidad y eficacia necesaria para restablecer el ejercicio del derecho.

Este modelo se caracteriza por:

- a) No contemplar a la huelga como un *derecho fundamental protegido por la acción de protección*, lo que priva a los trabajadores de la principal herramienta procesal prevista en nuestro sistema jurídico para la tutela de este tipo de derechos. Esto, por lo pronto, contrasta con los derechos fundamentales que eventualmente podrían verse confrontados con la huelga, como la propiedad y la libre iniciativa económica.
- b) Radicar la protección del derecho a huelga en el plano legal, por la vía de la acción de denuncia de prácticas antisindicales o desleales en la negociación colectiva, sometiendo su tutela a un *procedimiento ordinario de lata duración*. Dicho procedimiento es el previsto en el artículo 292 del *Código del Trabajo*<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> “Conflicto en Codelco: Velasco no descarta aplica Ley de Seguridad contra violentistas”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de julio de 2007.

<sup>61</sup> Esta situación de lentitud procesal podría verse aligerada con la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral. Dicha reforma establece que las denuncias por prácticas antisindicales se tramitaran de acuerdo con el denominado procedimiento de tutela. Y, aunque dicho procedimiento se ajusta a las reglas del procedimiento ordinario laboral, se contempla una norma nueva que podría hacer mejorar la protección procesal del derecho a huelga: el artículo 492 del *Código del Trabajo* señala que “El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto

Por tratarse de un derecho fundamental que se ejerce dentro del contexto de un conflicto laboral de naturaleza transitoria, con plazos pautados por la propia ley, como ocurre, precisamente, con la negociación colectiva reglada, es esencial para su debida protección que el mecanismo institucional de tutela de dicho derecho sea *particularmente rápido y sumario*. La inexistencia de una acción de protección constitucional, con las garantías de velocidad que ello importa, y su reenvío a la protección legal a través de una acción ordinaria, de lato conocimiento, significa que, en los hechos, las conductas empresariales lesivas del derecho a huelga logran menoscabarla sin recibir represión jurídica significativa.

Un caso ejemplar de lo anterior es el reemplazo ilegal de trabajadores por parte del empleador. Dicha acción, que en la práctica priva ilegalmente de toda consecuencia al derecho de huelga, al permitir al empleador, con infracción a la ley, seguir funcionando con normalidad, sólo puede ser reprimida jurídicamente *ex post* por la vía de una denuncia de prácticas desleales en la negociación colectiva, la que será tramitada en un procedimiento ordinario de larga duración.

Esto es, una vez que las consecuencias del acto lesivo de la huelga han producido materialmente todos sus efectos, privando de total relevancia al ejercicio del derecho de huelga. En los hechos, frente a dicha conducta –las más lesiva y común en Chile respecto de la huelga– nunca se reestablece el ejercicio del derecho afectado: los fallos que acogen la denuncias por practicas desleales en la negociación colectiva, terminan mucho después que la lesión se produjo, siendo, en ese sentido, condenas *meramente simbólicas*, cuya sanción consistente fundamentalmente en una multa. Más aún si se considera que los montos previstos por el precepto legal antes citado –de 10 a 150 UTM– son considerablemente bajos para el resguardo y tutela de un derecho fundamental como es el de huelga.

### 2.1. La Corte Suprema y el caso del reemplazo en la huelga

Las restricciones institucionales al derecho de huelga recién explicadas se han visto agravados por las decisiones que, al interior de dicha institucionalidad se adoptaron en el año 2007, particularmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile.

---

impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles”. Precisamente, un caso donde los efectos resultan irreversibles corresponde al reemplazo ilegal de trabajadores en la huelga.

Tal como ya señalamos, la más frecuente y típica conducta empresarial lesiva del derecho a huelga corresponde al denominado reemplazo ilegal de los trabajadores en la huelga, sancionado como conducta ilícita en el artículo 381 del *Código del Trabajo*. Éste se produce cuando el empleador procede a sustituir trabajadores que se encuentran en el ejercicio del derecho de huelga sin cumplir con los requisitos previstos para el reemplazo en el artículo 381 del *Código del Trabajo*, esto es: que la última oferta del empleador contenga idénticas estipulaciones que el contrato colectivo anterior, que ofrezca a lo menos *una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período de contrato, excluidos los doce últimos meses, y un bono de reemplazo de cuatro unidades de fomento por cada trabajador reemplazado*.

El principal problema jurisprudencial que la aplicación que este precepto ha generado corresponde a determinar qué debe entenderse por reemplazo ilegal de trabajadores en huelga: ¿sólo la contratación de trabajadores externos a la empresa o también debe quedar incluida la movilidad interna de trabajadores de la empresa?

Tratándose ya de una restricción normativa que lesiona el derecho fundamental de huelga y la libertad sindical, como explicamos anteriormente, y asumiendo, como lo da a entender el encabezado del precepto legal citado, que se trata de una norma que prohíbe del reemplazo la solución jurisprudencial debió haber restringido al máximo el mecanismo de los reemplazantes, sometiéndolo a una interpretación restrictiva<sup>62</sup>.

La Corte Suprema de Chile, sin embargo, hace todo lo opuesto. Somete a una *interpretación extensiva* a la excepción prevista por la ley que permite el reemplazo en la huelga, y en consecuencia, aumenta judicialmente las restricciones al derecho de huelga. Así, por

---

<sup>62</sup> Ésa ha sido precisamente la línea de argumentación seguida por la Dirección del Trabajo, que sobre el mismo tema ha señalado (dictamen 1303/04, 26 de marzo de 2004): “Pues bien, considerando que el derecho de huelga se encuentra reconocido por organismos internacionales de los cuales nuestro país forma parte, tales como las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo, como un derecho fundamental de los trabajadores cuando se ejerce dentro de los límites legales y, además, ha sido recogido ampliamente en nuestra legislación como una etapa más dentro del proceso de negociación colectiva reglado (derecho garantizado constitucionalmente) cualquier norma que contenga alguna limitación a su libre ejercicio, como es el caso de las figuras del reemplazo de trabajadores durante la huelga y el reintegro individual de los mismos, durante el mismo período, debe ser interpretada de manera restrictiva. Se entiende por personal de reemplazo de las funciones o puestos de trabajo durante la huelga, cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentren cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en el respectivo proceso”. El destacado es nuestro.

ejemplo, en octubre de 2007, la Corte Suprema consideró que una empresa de transporte interurbano que reemplazó a trabajadores en huelga “mediante su sustitución por otros dependientes de la misma empresa” no ha infringido la ley, por lo que “no se ha producido la figura que sanciona el artículo 381 del Código del Trabajo como práctica desleal”.

Lo llamativo en este punto es que esta jurisprudencia de la Corte Suprema asume explícitamente como postulado o punto de partida que debe restringirse el derecho de huelga, siendo deseable maximizar judicialmente sus restricciones (Corte Suprema, rol 5331, 2 de octubre de 2007):

“Que, actualmente, la huelga está regulada en el Título VI del Libro IV del Código del Trabajo y constitucionalmente reconocida, aunque de manera indirecta, en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, donde se señala el principio fundamental, cual es, que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales. De tales normas es dable desprender que el legislador intenta regularla jurídicamente como “instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo” y que corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico a nivel de país”.

De este modo, concluye la Corte Suprema de Chile:

“(…) es en esta orientación en la que ha de procurarse el sentido del reemplazo prohibido en el artículo 381 del Código del Trabajo, delimitándolo dentro del contexto de la normativa en la que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo tanto, debe entenderse que lo que la ley impide -salvo en las condiciones excepcionales que ella misma regula- es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga. Es decir, ha de tratarse de personal ajeno a la empresa”.

La jurisprudencia recién citada, lejos de someter a una interpretación restrictiva a las limitaciones del derecho fundamental de huelga,

sosteniendo que el reemplazo ilegal se produce tanto cuando se contrata trabajadores como cuando se mueven al interior de la empresa, somete explícitamente a restricción al propio derecho fundamental, declarando ilegal sólo la contratación externa, y no la sustitución interna. Se aparta así la Corte Suprema del principio interpretativo del Derecho Internacional de normas de derechos fundamentales “pro persona”, que sostiene que “la formulación y alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva”<sup>63</sup>.

## *2.2. La Contraloría General de la República y los servicios esenciales: el caso de las empresas sanitarias*

Es destacable que este entorno institucional hostil no sólo ha proveído en el año 2007 de la jurisprudencia judicial sino que, también, de un órgano cuya competencia no tiene relación alguna con este derecho fundamental laboral, como es la Contraloría General de la República.

Atendiendo una presentación de las empresas de servicios sanitarios, con fecha 21 de agosto de 2007, la Contraloría General de la República declaró como no ajustada a derecho la resolución 35.06, de los Ministerios del Trabajo, Economía y Defensa, que excluyó a dichas empresas de la lista cuyos trabajadores, de acuerdo con el artículo 384 del *Código del Trabajo*, están impedidos de ejercer el derecho de huelga<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cecilia MEDINA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005, p. 45. Tal como señala esa autora, precisamente derivado en ese principio es que “la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción”.

<sup>64</sup> El artículo 384 del *Código del Trabajo* señala: “No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que: a) Atiendan servicios de utilidad pública, o b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La justificación jurídica de ese órgano de control es sostener que la lista que establece el artículo 384 del *Código del Trabajo*, y cuya confección se encarga a los ministros ya señalados, para determinar en qué empresas no puede ser declarada la huelga por tratarse de servicios esenciales de utilidad pública, no admite ser fijada discrecionalmente por la autoridad administrativa respectiva. Especialmente los casos previstos en la letra a) del citado precepto.

Esa argumentación es llamativa, en cuanto no respeta el sentido de la letra de la propia norma, que reenvía tanto la letra a) y la b) del artículo 384, a la determinación de la autoridad administrativa, los ministros de Interior, Trabajo e Economía. Adicionalmente, el razonamiento de la Contraloría General de la República de Chile conduce al absurdo de que cómo la norma legal no enumera ni menciona las empresas que están en los casos de la letra a), y de ahí que lo entregue a la autoridad administrativa, no es posible saber lisa y llanamente a quienes se le aplica esa norma y a quienes no. La Contraloría General de la República pareciera saberlo mejor que el propio precepto legal, y en este caso, ha decidido sustituir la voluntad del legislador por la suya: ha objetado la decisión administrativa a quien la ley le entrega precisamente la tarea de elaborar dicha enumeración.

Pero la Contraloría va mas allá: frente al argumento sostenido por el Ministerio del Trabajo de que la lista se ha reducido para dar cumplimiento a las exigencias de la OIT, y que el criterio interpretativo es que las limitaciones a un derecho fundamental deben ser restrictivas, dicho órgano público responde sosteniendo una particular perspectiva:

“atendido lo que expresa el Ministerio del Trabajo en su informe, que aun cuando de los convenios internacionales y de las orientaciones emanadas de la Organización Internacional del Trabajo; a que alude esa Secretaría de Estado, es posible inferir un criterio tendiente a interpretar en forma restrictiva las disposiciones internas de los Estados que importen alguna limitación relacionada con la huelga, lo cierto es que no se advierte en tales antecedentes que dicho predicamento se entienda aplicable en el caso de servicios básicos como los sanitarios, sin perjuicio de añadir que, en la especie, de ninguna manera podría aplicarse ese criterio interpretativo tratándose del artículo

---

*La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción”.*



384, letra a), toda vez que ello importaría, derechamente, contrariar no sólo el expreso tenor de esa norma legal, sino que el mismo artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental<sup>65</sup>.

Como ya explicamos anteriormente en este capítulo, tanto la OIT como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han cuestionado la restricción prevista al derecho fundamental de huelga en el artículo 384 del *Código del Trabajo*, desde el punto de vista de la vigencia de los tratados internacionales suscritos por Chile<sup>66</sup>.

Pero, a diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema de Chile en el caso de los reemplazantes, la Contraloría General de la República lo hace deliberadamente como queda claro en la argumentación arriba citada, y en contradicción con otras materias, donde el citado organismo sí ha basado su argumentación expresamente en dicho principio<sup>67</sup>. El gobierno ha solicitado una reconsideración ante la Contraloría de su resolución, cuestión que a la fecha de cierre de este *Informe...* no había sido resuelta.

Respecto de esta misma norma legal, cabe señalar, por otro lado, que los trabajadores de las empresas eléctricas recurrieron a los tribunales de justicia en el año 2007, sosteniendo que sus empresas deberían ser excluidas de la lista elaborada por los ministerios ya señalados y, por ende, debían acceder al ejercicio del derecho de huelga, por no tratarse de empresas de servicios esenciales.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo del 22 de octubre de 2007, rechazó el recurso de protección interpuesto por los trabajadores, sosteniendo dicho tribunal que:

---

<sup>65</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 37.879 del 21 de agosto de 2007.

<sup>66</sup> Cfr., artículo 29° de la CADH.

<sup>67</sup> En dictamen número 46.097, del 12 de octubre de 2007, la Contraloría señala que: “la finalidad de contextualizar una institución –como es el plebiscito comunal– en el ordenamiento constitucional, es la de permitir que el intérprete de las normas legales que regulan esa institución, dé a ellas, en el proceso hermenéutico, el sentido y alcance más acorde con el espíritu de la Constitución, es decir, aquel que proteja de mejor manera las garantías que la Carta Fundamental establece, y circunscriba debidamente las competencias que se confieren a los órganos del Estado, cumpliendo así con una de las bases del constitucionalismo, cual es la de constituir un límite al poder en defensa de las libertades públicas. “En ese contexto, la interpretación estricta que se postula como propia de las normas de derecho público debe primero distinguir el contenido de estas normas, de modo que sólo se interpreten restrictivamente aquellas que se refieran a las potestades de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República (aplica criterio contenido en el dictamen N° 28.226, de 2007)”.

“(...) precisamente, en virtud de esta disposición –artículo 384–, los tres Ministros recurridos dictaron la Resolución Exenta N° 30 de 27 de julio de 2007, objeto de esta acción constitucional. Luego, mal podría calificarse de ‘ilegal’ una actuación de la administración que se encuentra amparada en una disposición de un cuerpo de leyes como lo es el Código del Trabajo”<sup>68</sup>.

Los trabajadores recurrieron de apelación ante la Corte Suprema, recurso que no fue acogido<sup>69</sup>.

Atendido lo anterior, es posible señalar que se ha producido en el año 2007 una suerte de paradoja institucional perfecta para la vulneración del derecho fundamental de huelga: cuando las empresas recurren a la Contraloría General de la República, ésta considera que el artículo 384 letra a) del *Código del Trabajo* no queda entregado a la discreción administrativa de los respectivos ministros. Por eso señala el órgano contralor que debió incluirse necesariamente en dicha resolución a las empresas sanitarias. Sin embargo, y al mismo tiempo, cuando los que concurren a los Tribunales de Justicia son los trabajadores, exigiendo se excluya de esa lista a las empresas eléctricas, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, niega dicha solicitud sindical, ahora por la razón exactamente opuesta: el artículo 384 deja en manos discrecionales de los ministros decidir qué empresas quedan excluidas del derecho de huelga.

### 3. La huelga y la conflictividad laboral

Las restricciones normativas e institucionales recién apuntadas sobre el derecho de huelga se producen dentro de un contexto social caracterizado por una significativa y permanente hostilidad a su ejercicio efectivo, proveniente fundamentalmente del discurso público y en particular el derivado desde los medios de comunicación social. Estos últimos hacen aparecer al derecho de huelga más que como una situación de ejercicio de un derecho fundamental, como una cuestión de alteración de orden público, reforzando, de ese modo, una percepción social estereotipada y negativa sobre dicho derecho.

En efecto, en el tratamiento de los medios de prensa y, por ende, en la construcción del discurso público sobre el derecho a huelga, se

---

<sup>68</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 22 de octubre de 2007, rol N° 4.576-2007.

<sup>69</sup> CORTE SUPREMA, de fecha 2 de enero de 2008, rol 6116/2007.

desvincula a este último de su contexto de negociación económica y salarial, y se hace primar su vinculación con la conflictividad laboral, idea explícitamente negativa, sobre la que subyace el juicio de valor dominante de que el conflicto laboral es un modo ilegítimo de reivindicar derechos de los trabajadores<sup>70</sup>. Así, una de las formas más sensibles de hostilizar el ejercicio del derecho de huelga por el discurso de los medios ha sido la magnificación de sus consecuencias en la generación de lo que sería un inédito clima de conflictividad laboral en Chile durante el año 2007, atribuyendo, de paso, subrepticias y escondidas intenciones políticas a los trabajadores<sup>71</sup>. De este modo, se ha creado la sensación pública de un explosivo aumento de la conflictividad, cuestión que no tiene asidero en los hechos objetivos medidos estadísticamente.

---

<sup>70</sup> En ese sentido, la huelga es invariablemente designada como un hecho y no como el ejercicio de un derecho. En el discurso la designación unánimemente utilizada es la de “huelga” a secas, no haciéndose alusión en caso alguno, al derecho de huelga. En el mejor de los casos, la información de los medios hace referencia a la “huelga legal”, aun cuando predominan abrumadoramente las denominaciones de connotaciones negativas tales como “paralización”, “paro”. Así, no es difícil encontrar titulares de prensa, todos referidos a casos de huelgas laborales, del siguiente estilo: “Empleados fiscales paralizan funciones en protesta por reajuste salarial”, en *El Mercurio*, Santiago, 19 de julio de 2007; “Paro en Chiledeportes podría terminar hoy”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de agosto de 2007; “Codelco: Detienen a 18 personas en protesta en Chuquicamata”, en *El Mercurio*, Santiago, 30 de julio de 2007; “Paro de Alsacia se mantiene tras fracaso de negociación entre empresarios y choferes”, en *El Mercurio*, Santiago, 20 de junio de 2007; “Choferes de Subus inician paro bloqueando terminales”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 2007; “Trabajadores protestan por mejoras salariales en provincias de Arauco”, en *La Tercera*, Santiago, 12 de marzo de 2007 y “La red de sindicalistas que agitan a los trabajadores chilenos”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de julio de 2007.

<sup>71</sup> “En los últimos días, los dirigentes han estado en asambleas y ‘colectivos’ de trabajadores en el país incitando a una gran demostración nacional de descontento el 29. Exigen el fin de la brecha de salarios por subcontratación y ampliar la negociación colectiva e interempresas. Pero no todos los sectores adhieren y hay diferencias al interior del movimiento. Cada vez es más probable que las señales que los empresarios leen en el horizonte, de un clima laboral de mayor agitación, sean acertadas. Y no sería de extrañar que haya un aumento en los hechos recién vistos, como bloqueos de caminos, tomas, huelgas ilegales y negociaciones bajo presión para exigir mayores remuneraciones y cambios en las condiciones de contrato. La demanda laboral está estallando con fuerza, al igual que los ánimos de negociar bajo movilizaciones, como un efecto coletazos del conflicto de las empresas contratistas de Codelco”. *El Mercurio*, Santiago, 12 de agosto de 2007. En el mismo medio se alertaba de “la red de sindicalistas que agitan a los trabajadores chilenos”, para luego agregar que “una generación de dirigentes PC, que influyen en varias empresas del rubro a la vez y que se conocer entre ellos están tras las sucesivas huelgas que hemos vivido y viviremos este año”. Cuerpo Economía y Negocios de *El Mercurio*, Santiago, 8 de julio de 2007.

En efecto, si el criterio de medición de esa conflictividad es el número de huelgas adoptadas por los trabajadores, entonces el discurso público de la conflictividad desatada, tan presente en los medios de prensa, resulta falso o, a lo menos, dudoso: en dicho año se efectuaron por los trabajadores ciento cuarenta y seis huelgas, de una duración promedio de 10,9 días, mientras que el año anterior, el número de huelgas fue de ciento treinta y cuatro, pero con una duración promedio de 11,2 días, es decir, un aumento de sólo el 10%, pero con menos duración promedio de las mismas<sup>72</sup>.

También podría sostenerse que, en rigor, lo que aumentó explosivamente en el último período fue la cantidad de huelgas ilegales, como ocurrió con el caso CODELCO o Forestal Arauco, pero ello tampoco es cierto. El porcentaje de huelgas ilegales del total de huelgas contabilizadas en Chile entre los años 1990 y 2006 es de un 45,5%, mientras que en el año 2007 las denominadas huelgas ilegales fueron ciento treinta y cinco, lo que representa aproximadamente un 46%, del total de las huelgas. Dicho de otro modo, el año 2007 se efectuaron las mismas huelgas ilegales promedio anual desde lo que va del retorno de la democracia<sup>73</sup>.

Las cifras parecen, más bien, dar plausibilidad a lo que en este informe se ha sostenido. Esto es, que en un contexto normativo e institucional hostil al ejercicio del derecho fundamental de huelga, ese medio de reivindicación laboral parece de muy difícil acceso a buena parte de los trabajadores en Chile. Por ello, no es de extrañar que en el contexto de la masa total de trabajadores asalariados privados, el ejercicio de la huelga como derecho es prácticamente insignificante: el número de trabajadores involucrados en las huelgas del año 2007 fue de 17.294, lo que representa menos del 0,5 % del total de los asalariados privados<sup>74</sup>.

Tan bajo fue el nivel de huelgas legales en Chile en 2007, un año de alta conflictividad laboral como lo destacaron profusamente los medios de prensa y sectores empresariales<sup>75</sup>, que el número de las mis-

---

<sup>72</sup> [www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62610.html](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-62610.html). Visitada el 27 de mayo de 2008.

<sup>73</sup> Basado en datos de "Conflictos Laborales en Chile: 1985-2006". Estudio Consejo de Equidad y Trabajo, véase <http://www.trabajoyequidad.cl/documentos/temp/ConflictosLaborales.pdf>, visitada el 3 de junio de 2008 y Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo.

<sup>74</sup> Para el año 2006 el número de trabajadores asalariados privados según INE era de aproximadamente 3.650.000 personas.

<sup>75</sup> "CNC culpa a los conflictos laborales de frenar la productividad y competitividad", en *El Mercurio*, Santiago, 6 de junio de 2008. Pedro Corona, presidente de la Cámara Na-

mas es similar al que se producía entre los años 1987 y 1989, al final del período de la dictadura militar, donde las condiciones de ejercicio de una huelga eran muchos más complejas políticamente hablando (ciento veinticuatro en 1987, ciento trece en 1988 y ciento cincuenta en 1989), y es inferior al número promedio de huelgas al año durante el período democrático de 1990-2006 que fue de ciento sesenta y tres<sup>76</sup>.

En rigor, es posible señalar que en Chile existen vastos sectores de la actividad productiva o comercial que tienen un número mínimo de huelgas en relación con el número de trabajadores que emplea, dando cuenta que para esos trabajadores, la huelga es un derecho prácticamente inexistente. Así, por ejemplo, en el sector comercio el número de huelgas en el año 2007 fue de diecisiete y el número de trabajadores involucrados es de mil, ochocientos veintitrés. Una conflictividad simplemente inexistente atendido que representaría aproximadamente al 0,15 % de los trabajadores de dicha actividad económica<sup>77</sup>, cuestión especialmente llamativa si se considera que se trata del sector con mayor infraccionalidad laboral durante el año 2007, según las cifras entregadas por la Dirección del Trabajo<sup>78</sup>.

#### 4. *La pasividad del gobierno y el derecho de huelga*

Resulta algo paradójico que el actual gobierno de Chile, que reconoce la existencia de un grave problema de equidad de las relaciones laborales –expresado fundamentalmente en bajos salarios e ingresos para los trabajadores– y que ha creado un consejo asesor sobre la materia, haya hecho muy poco para remover las numerosas trabas normativas que impiden o dificultan el derecho huelga. Derecho que por excelencia se reconoce en la comunidad internacional como uno de los medios fundamentales para expresar y canalizar esa demanda de equidad y mejora salariales. La actitud pasiva del gobierno ni siquiera ha cambiado ante la solicitud directa de organismos especializados de esa comunidad, como la Comisión de Derechos Económicos, So-

---

cial de Comercio, Servicios y Turismo, señalo que: “la mayor conflictividad laboral, mucha de ella al margen de la legislación vigente, es un factor que está frenando la productividad y la competitividad”.

<sup>76</sup> Departamento de Relaciones Laborales, Estadísticas, Dirección del Trabajo.

<sup>77</sup> Según las cifras del Ministerio del Trabajo los trabajadores del comercio en el período Octubre-Diciembre del 2007 a 1.285.000 personas. Véase [www.mintrab.cl/descargar/CIFRAS\\_EMPLEO\\_OCT-DIC\\_07.pdf](http://www.mintrab.cl/descargar/CIFRAS_EMPLEO_OCT-DIC_07.pdf). Visitada el 3 de junio de 2008.

<sup>78</sup> <http://www.dt.gob.cl/1601/article-95556.html>. Visitada el 6 de junio de 2008.

ciales y Culturales de la ONU y la Comisión de Expertos de la OIT, quienes le han solicitado la remoción de las restricciones legales y normativas ya explicadas.

En ese sentido, cabe consignar que el gobierno de Chile, a través del Ministerio del Trabajo, no respondió la consulta efectuada por los investigadores de este Informe, en el sentido de que se señalara

“qué acción, plan o propuesta ha efectuado o se encuentra en vías de efectuar el Gobierno para dar cumplimiento a las reiteradas solicitudes de la OIT en las materias arriba señaladas, en particular las que dicen relación con derogar o modificar, algunas o todas las normas legales objetadas por el referido Organismo Internacional”<sup>79</sup>.

Asimismo, tampoco respondió el Consejo Asesor Presidencial en materias de equidad y trabajo, acerca de

“si el Gobierno le ha solicitado a ese Consejo medidas o planes de acción que apunten a cumplir con las solicitud efectuada por la Organización Internacional del Trabajo para la derogación o modificación de las normas legales según el texto recién transcrito”<sup>80</sup>.

De hecho, en las propuestas dadas a conocer por ese Consejo, no se contempla ninguna medida o acción para fortalecer el ejercicio del derecho fundamental de huelga, ni para la remoción de las restricciones solicitadas por los organismos internacionales ya señaladas anteriormente.

Por tanto, resulta preocupante que el gobierno de Chile no haya mostrado mayor interés hasta la fecha por fortalecer el derecho fundamental de huelga como elemento central de una sociedad democrática, y como parte del esfuerzo para construir mayores niveles de equidad en el trabajo y en la sociedad en su conjunto. El propósito de los derechos laborales es, precisamente, el de reconocer espacios de dignidad individual y colectiva que reclaman por sociedades más justas. Tales derechos, por lo demás, no constituyen aspiraciones meramente morales, sino derechos subjetivos reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes.

---

<sup>79</sup> Carta al Sr. Osvaldo Andrade, Ministro del Trabajo y Previsión Social, de fecha 28 de abril de 2008.

<sup>80</sup> Carta al Sr. Patricio Meller, presidente Consejo Equidad y Trabajo, de fecha 28 de abril de 2008.

# ACCESO A LA JUSTICIA

---

## ABSTRACT

**E**l derecho de acceso a justicia constituye uno de los pilares fundamentales de un estado de derecho democrático. Como tal, el derecho a acceso a la justicia obliga a los Estados a poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos de la tutela efectiva de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales accesibles y adecuados.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla mecanismos legales para dar cumplimiento a las normas internacionales y constitucionales, a través de los abogados de turno, el privilegio de pobreza y corporaciones de asistencia judicial, ellos han mostrado ser insuficientes en cobertura y calidad. Especialmente preocupante es la situación de las CAJ –las que constituyen el principal soporte del sistema de asistencia jurídica gratuita del país– toda vez que cuentan con un presupuesto insuficiente y una estructura organizacional atomizada y asentada en la figura de los egresados de Derecho que realizan su práctica profesional.

Lo anterior, unido a la ausencia de políticas públicas adecuadas para el acceso efectivo a la justicia de los chilenos y chilenas más desaventajados económicamente, permite concluir que el Estado chileno incumple los estándares internacionales mínimos en esta materia.

**PALABRAS CLAVE:** acceso, justicia, pobreza, derechos.

## I. EL DERECHO A ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho de acceso a la justicia ha sido reconocido por el constitucionalismo moderno como parte integrante del catálogo de derechos

fundamentales. Todo estado de derecho democrático que se precie de tal debe ofrecer a sus ciudadanos un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre ellos o entre éstos y el Estado. En cuanto tal, este derecho busca asegurar a las personas que han visto amenazados o vulnerados sus derechos una vía expedita de protección judicial, de modo de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de que son portadores.

La importancia del acceso a la justicia reside en su capacidad de constituirse en la “puerta de entrada” al sistema de tutela judicial y de resolución de conflictos. Sin la aplicación efectiva del derecho de acceso a la justicia, la exigibilidad del resto de los derechos consagrados en la Constitución y en las leyes pierde toda viabilidad. El acceso a la justicia se yergue, entonces, como un derecho fundamental de primera importancia en todo sistema de administración de justicia democrático<sup>1</sup>.

Una concepción restringida del derecho de acceso a la justicia lo limita a la provisión por parte del Estado de procesos judiciales –como, por ejemplo, el poder acceder a los tribunales o el derecho a tener un juicio justo– paradigma que ha primado en el análisis y desarrollo doctrinario sobre la materia<sup>2</sup>. Sin embargo, una mirada más amplia permite integrar bajo este derecho otras fórmulas de resolución de conflictos de carácter extrajudicial y no estatal, como la justicia indígena, la justicia de paz y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.<sup>3</sup>

Los estándares internacionales sobre acceso a la justicia, a los que Chile se encuentra jurídicamente vinculado, obligan a remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a la justicia a través de la provisión de instancias de asistencia jurídica gratuita, para aquellas personas que por su posición económica no pueden obtener

---

<sup>1</sup> Mauro CAPELLETTI y Bryan GARTH, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Franz VANDERSCHUEREN y Enrique OVIEDO, *Acceso de los pobres a la Justicia*, Santiago, Ediciones SUR, Centro de Estudios Sociales y Educación, Colección de Estudios Urbanos SUR, 1995. Luis BATES, *Artículos seleccionados acceso a la justicia*, Santiago, editado por el Ministerio de Justicia de Chile con motivo de la realización del primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, 2005.

<sup>3</sup> Felipe GONZÁLEZ (dir.), *Informe sobre acceso a la justicia en Iberoamérica*, Madrid, Proyecto realizado para la SEGIB y para el PNUD, noviembre de 2007. Véase también PNUD, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, Argentina, Materiales de Trabajo, 2005. CAPELLETTI y GARTH (n. 1).



la tutela de sus derechos y solución de sus conflictos de relevancia jurídica.

Este capítulo examina el derecho de acceso a la justicia, mirando, en particular, la obligación de los Estados de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a ella. En ese contexto, se analizan los dispositivos que contempla el ordenamiento jurídico chileno, esto es, las corporaciones de asistencia judicial, la figura del abogado de turno y el privilegio de pobreza. Se concluye que el Estado de Chile, si bien cumple con algunos estándares mínimos en la materia, el sistema existente está lejos de remover los obstáculos económicos que limitan o impiden el acceso a la justicia de los más pobres.

## II. EL DERECHO A ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El acceso a la justicia se encuentra reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversas normas convencionales<sup>4</sup>, las cuales imponen a los estados miembros la obligación de asegurar su aplicación efectiva y reconocimiento legal y constitucional. Se trata, en general, de obligaciones positivas –en contraposición a aquéllas negativas o de abstención– que exigen la realización de acciones concretas, en particular referidas a la “remoción de obstáculos” para asegurar el acceso a la justicia.

La Convención Americana de DD.HH. consagra este derecho al regular derecho a la tutela efectiva (art. 25 y art. 8) y el de las garantías judiciales (art. 8.1.)<sup>5</sup>. A su vez, la jurisprudencia contenciosa de

---

<sup>4</sup> Convenio Europeo de DD.HH. (artículo 6); Convención Americana de DD.HH. (artículos 8 y 25); Declaración Universal de DD.HH. (artículos 8 y 10); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 3 y 14).

<sup>5</sup> El artículo 8 regula las denominadas Garantías Judiciales y señala:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

la Corte IDH ha ido llenado de contenido y delimitando los fundamentos y alcances del derecho de acceso a la justicia. En particular, las interpretaciones de la Corte IDH parten del supuesto de que el acceso a la justicia es un pilar fundamental del estado de derecho, el cual se encuentra conformado por el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un debido proceso<sup>6</sup>.

- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Por su parte, el artículo 25 sobre Protección Judicial establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>6</sup> La jurisprudencia de la Corte IDH permite inferir distintas visiones acerca del significado del derecho de acceso a la justicia. Siguiendo en este punto a Paola Acosta, algunos jueces de este tribunal propugnan una mirada amplia de este derecho que interpreta en forma inclusiva los artículos 8 y 25, además de las obligaciones generales contenidas en el artículo 1.1. y 2 de la Convención. Así, la obligación del artículo 1.1. exige a los Estados “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia incluye no sólo la protección de los derechos

Así, el derecho a un *recurso efectivo*, consagrado en el artículo 25.1 de Convención Americana, obliga a los Estados a conceder a todos los ciudadanos los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos frente a actos que los violenten. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que:

“No basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos...”<sup>7</sup>.

En otras palabras, no es efectivo aquel recurso que resulte ilusorio, que no sea “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”<sup>8</sup>. En esta misma línea, la Corte IDH ha señalado que los recursos han ser adecuados, esto significa que: “la función de esos recursos, dentro del sistema derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”<sup>9</sup>.

---

humanos a través de recursos judiciales sino, también, mediante instancias administrativas, no estatales o ambas, o prejudiciales de resolución de conflictos, como los mecanismos alternativos (mediación, conciliación, entre otros) y, además, todos los dispositivos tendientes a obtener la completa satisfacción de los derechos obtenidos en juicio a través de la ejecución de los fallos. En esta línea, la Corte IDH ha señalado, por ejemplo, que el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1. de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno. Otros jueces de la Corte IDH sostienen una visión más restringida, interpretando en forma separada los artículos 8 y 24 y delimitando su alcance y relación entre el derecho de acceso a la justicia (sustancia) y el derecho a un recurso especial de protección (forma).

Finalmente, de un tiempo a esta parte ha surgido una tercera visión que postula que el derecho de acceso a la justicia debe ser considerado como una norma de *ius cogens*, esto es, como una norma de Derecho Internacional Público de carácter imperativo y de obligado cumplimiento que no admite acuerdo en contrario de los Estados. La consecuencia principal de este tipo de normas es la generación de efecto *erga omnes*. Esta postura ha sido defendida en los últimos años por el juez A. Antonio Cançado Trindade, quien ha propugnado la idea de ampliar “el contenido material del *ius cogens*, de modo de abarcar también el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*”. En este sentido, el juez Cançado Trindade en varios votos separados ha manifestado su opinión en torno a que: “la indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana conlleva caracterizar como siendo del dominio del *ius cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo de dominio del *ius cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente”.

<sup>7</sup> CORTE IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>8</sup> CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>9</sup> CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

En relación con el derecho a un *debido proceso*, consagrado en el artículo 8 (y el conjunto de otros derechos que se asocian a éste), la Corte IDH ha señalado que se trata de un “complemento ideal del derecho a un recurso efectivo, en el entendido que el debido proceso determina como aquel debe ser sustanciado para alcanzar su efectividad”<sup>10</sup>. En este sentido, por ejemplo, el derecho a ser oído debe darse dentro de un plazo razonable, elemento que forma parte integral del derecho de acceso a la justicia, toda vez que: “una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales”<sup>11</sup>.

A través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha dejado claro que la noción de plazo razonable no es de fácil definición, razón por la cual este plazo debe ser apreciado en relación con la duración total del procedimiento y tomando en consideración los siguientes criterios:

- a) la complejidad del asunto,
- b) la actividad procesal del incesado y
- c) la conducta de las autoridades judiciales”<sup>12</sup>.

Por su parte, la CIDH también ha abordado el derecho de acceso a la justicia en diversas ocasiones. Una de ellas, es el informe sobre “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas” donde advierte la existencia de una brecha entre la consagración formal de los derechos y la respuesta del sistema judicial. El informe asevera que los problemas estructurales de los sistemas de justicia afectan el procesamiento de casos de violencia intrafamiliar, entre otras razones, por la ausencia de tribunales en zonas rurales, pobres y marginadas y por la falta de abogados de oficio para las víctimas. Hacia el final de documento, la CIDH insta a los Estados miembros a pasar de un reconocimiento formal de los derechos de las mujeres al disfrute real y efectivo de ellos<sup>13</sup>.

Al mismo tiempo, y durante el mismo año 2007, la CIDH publicó un documento que estudia precisamente los estándares del acceso

<sup>10</sup> Paola ACOSTA, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de derecho Público, 2007.

<sup>11</sup> CORTE IDH. Caso López Alvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>12</sup> CORTE IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>13</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, Secretaría General de la OEA, 2007.

a la justicia como garantía de los DESC<sup>14</sup>. Dicho documento sistematiza la jurisprudencia tanto de la Corte IDH como de la CIDH en la materia y arroja interesantes luces para evaluar el desempeño de los Estados miembros en materia de protección de los derechos económicos y sociales.

El estudio de la CIDH focaliza su atención en cuatro temas estimados centrales:

- a) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a la justicia;
- b) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales;
- c) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y
- d) los componentes del derecho a tutela efectiva judicial de derechos sociales, individuales y colectivos.

Uno de los estándares allí contenido se refiere a la obligación de los Estados de *remover los obstáculos para garantizar el acceso a la justicia*, estándar de carácter comprensivo, por tanto aplicable a todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, no sólo los DESC.

Siguiendo estos lineamientos, en el presente capítulo se analizará si el Estado chileno cumple o no con dicho estándar, esto es, si cumple o no con la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a la justicia. Para ello, se identificarán algunos puntos críticos del funcionamiento del sistema chileno de asistencia jurídica gratuita y su relación con las exigencias que plantea la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDH.

### III. OBLIGACIÓN DE REMOVER OBSTÁCULOS ECONÓMICOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

Este estándar obliga a los Estados, por una parte, a establecer mecanismos de asistencia jurídica gratuita, especialmente para acciones judiciales de mayor complejidad técnica y, por otra, a revisar los costos de los procesos y la localización de los tribunales. A su vez, contar con mecanismos de asistencia jurídica gratuita tiene como objetivo

---

<sup>14</sup> CIDH - OEA, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derecho humanos. 2007, en [www.cidh.org/publicaciones.htm](http://www.cidh.org/publicaciones.htm)

evitar la discriminación en el acceso a la justicia de las personas que por su posición económica no pueden obtener la tutela de sus derechos y solución de sus conflictos<sup>15</sup>.

Para la provisión de mecanismos de asistencia jurídica gratuita, la CIDH propone atender a los siguientes criterios:

- a) disposición de recursos de la persona,
- b) complejidad del caso e
- c) importancia de los derechos afectados<sup>16</sup>.

Tratándose de los casos de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, así como aquéllos de alta complejidad técnica, la CIDH ha sostenido la necesidad de incrementar aún más la provisión de este tipo de servicios.<sup>17</sup>

En relación con los costos, la Corte IDH ha sostenido que los Estados:

“(...) no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso a los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1. de la Convención”<sup>18</sup>.

Si bien la CIDH reconoce que cada Estado miembro es autónomo para fijar tasas judiciales, éstas no pueden suponer la negación del derecho afectado. Así, las limitaciones al derecho de acceso a la justicia “deben guardar correspondencia el medio empleado y el fin perseguido”<sup>19</sup>.

Finalmente, con relación a la ubicación de los tribunales, la CIDH ha sostenido que la insuficiente presencia de juzgados en al-

---

<sup>15</sup> En el caso de violencia de género de mujeres de escasos recursos, de acuerdo con el informe sobre *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, elaborado por la CIDH, esta obligación cobra especial, dada la baja utilización del sistema judicial por razones de maltrato a las víctimas y familiares, desconfianza en el sistema, sensación de inseguridad, entre otras.

<sup>16</sup> CIDH - OEA (n. 14).

<sup>17</sup> CIDH (n. 13).

<sup>18</sup> CORTE IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>19</sup> CORTE IDH (n. 18).

gunas zonas y la falta de acompañamiento estatal traen consigo el aumento de los costos para interponer una acción judicial y mantenerla viva durante el proceso. Pues en muchos casos se requiere la disposición de recursos económicos y logísticos (traslados, permisos en el trabajo, cuidado de hijos menores, si los hay, entre otros)<sup>20</sup>. Lo anterior lleva a la CIDH a declarar que la ausencia de instancias de la administración de justicia en zonas rurales, pobres y marginadas, puede implicar que el acceso a la justicia se transforme en una mera declaración de intenciones<sup>21</sup>.

#### IV. LA OBLIGACIÓN DE ESTABLECER MECANISMOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA Y EL DERECHO A ACCESO A LA JUSTICIA EN CHILE

La Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho de todos los ciudadanos a contar con asesoría jurídica gratuita si carecen de los medios para procurárselas por sí mismos. En este sentido se pronuncia el art. 19 N° 3 inc. 3 al señalar que: “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

La doctrina nacional ha sostenido que, si bien esta norma no consagra de un modo explícito el derecho de acceso a la justicia –a diferencia, por ejemplo, de la Constitución española– allí se contiene la obligación que pesa sobre el Estado de adoptar los mecanismos legales que permitan ofrecer asistencia jurídica a los que precisamente por su posición económica no puedan obtenerla por sus propios medios<sup>22</sup>. Al mismo tiempo, se ha señalado que nuestro sistema contempla una serie de mecanismos legales destinados a dar cumplimiento al mandato constitucional<sup>23</sup>, entre los que destacan, por una parte, las

<sup>20</sup> CIDH (n. 13)

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Constitución Española de 1978. Artículo 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de parte de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos y sus intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

<sup>23</sup> Alex CAROCA, *Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*, Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial - Corporación de Promoción Universitaria, Serie Estudios, 1997. Véase, también, Jorge CORREA y M<sup>a</sup> Angélica JIMÉNEZ, “Acceso de los pobres a la justicia en Chile”, en Franz VANDERSCHUEREN y Enrique OVIEDO, *Acceso de los pobres a la Justicia*, Santiago, Ediciones SUR, Centro de Estudios Sociales y Educación, Colección de Estudios Urbanos SUR, 1995. En esta misma línea, puede verse la opinión de la CORTE

corporaciones de asistencia judicial, las que constituyen el soporte principal de todo el sistema de asistencia jurídica gratuita, por otra, la figura de los abogados de turno y, por último, el beneficio de litigar sin costos, el mal llamado “privilegio de pobreza”.

La Corte Suprema de Chile ha reconocido también la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos en esta materia y ha sostenido, apoyándose en ellos, que: “el Estado de Chile tiene la obligación de proporcionar un eficiente y eficaz derecho a defensa a sus habitantes para un efectivo acceso a la justicia...”<sup>24</sup>.

A luz de estas consideraciones se analiza, a continuación, la idoneidad y efectividad de los mecanismos de asistencia jurídica que contempla el ordenamiento jurídico chileno a la luz de los estándares internacionales antes mencionados.

### 1. Corporaciones de Asistencia Judicial

Las CAJ son organismos de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y sin fines de lucro que tienen como misión prestar asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos. Además, según señala la ley, deben proporcionar los medios para efectuar la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión de los egresados de Derecho a obtener el título de abogado<sup>25</sup>.

A comienzos de la década de los ochenta, con la ley N° 17.995 se crearon las CAJ de las regiones de Valparaíso, Biobío y Metropolitana<sup>26</sup>. De acuerdo con esta normativa, son las continuadoras legales del Colegio de Abogados de Chile, exclusivamente, en lo referente a los servicios de asistencia judicial. Años más tarde, en 1988 creó la CAJ de Tarapacá y Antofagasta.

---

SUPREMA DE CHILE, Oficio N° 881, Santiago, 27 de marzo de 2006. Suelen mencionarse también las clínicas jurídicas universitarias, sin embargo, dado su perfil docente y escaso impacto se han descartado de este análisis.

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE, Oficio N° 881, Santiago, 27 de marzo de 2006.

<sup>25</sup> Ley N° 17.995 publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 8 de mayo de 1981.

<sup>26</sup> En la RM existe otra institución que presta similares servicios y ofrece instancias para la práctica profesional de los postulantes. Nos referimos a la Fundación de Asistencia Legal y Social de la Familia, institución de derecho privado sin fines de lucro, continuadora de la labor asistencial del Consejo de Defensa del Niño. A diferencia de la CAJ RM sólo presta servicios en asuntos de familia. Cuenta con siete consultorios distribuidos en distintas comunas de Santiago y con aporte fiscal para su funcionamiento a través del Ministerio de Justicia, el cual ascendió durante el año 2007 a \$ 226.376.000. Para mayor información véase <http://www.minjusticia.cl/transparencia/2007/transferencias.html>



A través de consultorios jurídicos fijos y móviles localizados en el ámbito nivel local, las CAJ prestan distintos tipos de servicios:

- a) representación judicial ante los tribunales de justicia;
- b) orientación e información de derechos;
- c) promoción de acuerdos entre las partes y resolución alternativa de conflictos;
- d) asesoría para hacer efectivos sus derechos ante el gobierno central, municipal u otras instituciones del Estado;
- e) acciones de difusión, promoción y educación de los derechos junto con otras organizaciones comunitarias;
- f) acompañamiento sico-jurídico a víctimas de delitos violentos, en algunas comunas<sup>27</sup>.

Estas instituciones atienden una amplia variedad de asuntos, donde priman las atenciones en materia de familia, seguidas por los asuntos civiles contenciosos, laborales y penales. También atienden consultas y asuntos relativos a aspectos patrimoniales, de vivienda y de herencia. Los equipos profesionales están conformados principalmente por abogados, secretarías, y en algunos casos, por asistentes sociales y otros profesionales, como psicólogos (por ejemplo, en los centros de mediación u otros centros especializados). Junto a ellos trabajan los denominados “postulantes”, esto es, egresados de Derecho que por ley deben realizar su práctica profesional en los consultorios jurídicos de las CAJ. Respecto de su presupuesto, proviene principalmente del aporte fiscal, además de los recursos que ingresan por concepto de convenios municipales y otras vías, que más adelante se detallan.

La estructura y organización de las CAJ se asienta en un diseño que presenta serias deficiencias para el cumplimiento del mandato constitucional y de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, hasta 1981 los servicios de asistencia jurídica gratuita para los más pobres estaban a cargo del Colegio de Abogados de Chile A.G. La ley N° 4.409 obligaba a los consejos de los colegios de abogados a crear y mantener consultorios jurídicos gratuitos para pobres y vigilar la correcta actuación de los abogados llamados por la ley a asistir a personas que gozan del privilegio de pobreza<sup>28</sup>. Sin embargo, con la dictación del DL N° 3.621 los colegios profesionales fueron transformados en asociaciones gremiales de Derecho Privado y de libre inscripción<sup>29</sup>. Con ello, estas entidades perdieron el carácter de

<sup>27</sup> <http://www.tramitefacil.gov.cl/1481/article-46970.html>. Visitada el 10 de mayo de 2008.

<sup>28</sup> Ley N° 4.409 Orgánica del Colegio de Abogados de 8 de septiembre de 1928.

<sup>29</sup> DL N° 3.621 del Ministerio de Justicia publicado en el *Diario Oficial*, Santiago, 7 de febrero de 1981.

corporaciones de derecho público y la facultad de conocer y resolver los conflictos que se promovieran entre profesionales o éstos y sus clientes, en el ejercicio de sus funciones así como las faltas a la ética profesional. En el caso del Colegio de Abogados esta transformación trajo aparejada la eliminación de los servicios judiciales que ofrecía, razón por la cual el gobierno militar se vio en la obligación de crear una nueva institucionalidad que se hiciera cargo de esa labor.

Lo criticable de esta medida no es la creación de las CAJ, sino la falta de un soporte institucional capaz de fijar políticas y estrategias que respondan a las necesidades de los más pobres, en el marco de lo dispuesto por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Tal y como se explicará a continuación, las CAJ carecen de una estructura orgánica y presupuestaria suficiente para cumplir con su cometido, lo que atenta, a su vez, contra una adecuada coordinación y uniformidad de prácticas y criterios de trabajo.

Los gobiernos de la Concertación heredaron un sistema “descentralizado”, con recursos insuficientes y un bajo nivel de profesionalización. Durante los últimos veinte años, el mejoramiento de los mecanismos de asistencia jurídica gratuita no ha formado parte de las prioridades gubernamentales, salvo por algunos esfuerzos de las primeras administraciones. El gobierno de Patricio Aylwin puso en marcha un proyecto piloto denominado PAJ, destinado a mejorar el acceso a la justicia de los sectores más pobres del país. En 1992, a través de un proyecto de ley el Ejecutivo propuso la creación de un servicio nacional de asistencia jurídica. Esta iniciativa destinada a unificar criterios y diseñar un sistema global, fue modificada, durante la administración de Frei Ruiz-Tagle, a través de una indicación del Ejecutivo orientada a la descentralización de las CAJ, en virtud de la cual se creaban trece corporaciones regionales de asistencia jurídica. En el año 2002 este proyecto de ley fue archivado<sup>30</sup>.

Más tarde, entre los años 1997 y 1999 se llevó a cabo un “plan de modernización de las CAJ”, cuyo objetivo fue mejorar la calidad, cobertura y gestión de los servicios prestados “a través de aumento de jornadas de trabajo, junto con el aumento y nivelación de remuneraciones, mejorando también el equipamiento y la infraestructura”<sup>31</sup>.

Los problemas de los servicios de asistencia jurídica que prestan las CAJ se pueden situar en tres ámbitos: profesionalización, cober-

<sup>30</sup> Para mayor información, revisar <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>.

<sup>31</sup> DEPARTAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA, *Asistencia jurídica*, Santiago, Ministerio de Justicia, 1999.

tura y financiamiento y gestión, los que serán revisados a continuación.

### *a Profesionalización*

Como ya se ha mencionado, junto con la labor de asistencia jurídica, las CAJ deben proporcionar los medios para que los egresados de Derecho realicen una práctica profesional. La aprobación de dicha práctica los habilita para obtener el título de abogado ante la Corte Suprema, de ahí la denominación de “postulantes”, que se utiliza para referirse a los egresados en práctica: “postulan” a acceder al título de abogado.

Así, los egresados de todas las escuelas de Derecho de Chile deben, por ley, trabajar durante seis meses en forma gratuita para el Estado. Son –bajo la supervisión y conducción de los abogados de las CAJ– el principal recurso humano para prestar servicios de asistencia jurídica a los más pobres.

Sin embargo, por varias razones la figura de los postulantes presenta serias dificultades para cumplir adecuadamente con este cometido. En primer lugar, pese a que cuentan con estudios especializados, no son abogados y, en ocasiones, ni siquiera son licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales, lo que unido a la comprensible falta de experiencia profesional, incide en la calidad de los servicios prestados.

En segundo lugar, la temporalidad de la práctica atenta contra la necesaria vinculación hacia la institución, generando importantes ineficiencias en la gestión tanto al inicio como al final de la práctica. La rotación de los postulantes provoca, asimismo, un efecto negativo en la atención de los usuarios y en la calidad de los servicios. Rara vez un caso en sede judicial finaliza antes de seis meses, razón por la cual es común que una causa sea “tramitada” por dos o más postulantes, lo que resulta poco comprensible para los usuarios y justifica una sensación de cierta incertidumbre acerca de la persona responsable de su caso.

Por último, dado que la práctica constituye un requisito esencial para adquirir el título de abogado, el nivel de motivación de los egresados de Derecho es variable. Muchos llegan con un genuino interés en trabajar en las CAJ, pero hay otros que junto con la práctica se encuentran preparando su licenciatura o trabajando como procuradores, por tanto, es presumible que el tiempo de dedicación sea bajo. Para otros tantos, la práctica constituye simplemente un trámite más que hay que cumplir para obtener el título de abogado, por lo cual el interés probablemente será aún menor. El problema motivacional

no es menor, pues se trasunta luego en la atención que se brinda a los usuarios, lo que no pasa inadvertido por éstos. A este respecto, tómese en cuenta la siguiente declaración de un usuario del sistema:

“Quiero decirle que para mí que he tenido que pasearme por la corporación de asistencia judicial por muchos años por diferentes problemas (todo por mi esposo y padre de mi hija, soy separada) me ha tocado darme cuenta que para todos estos abogados no es muy agradable trabajar gratis para la comunidad, eso uno lo nota, lo siente y muchas veces lo puede ver, pero escucharlo de un mismo abogado realmente me da pena”<sup>32</sup>.

Pero hay otros aspectos de la práctica profesional que generan inquietud. En 2007 el Colegio de Abogados de Chile A.G. envió una carta a la CAJ RM para transmitir su preocupación por

“las largas esperas que han debido soportar (los postulantes) para acceder a un cupo (...) y de discriminaciones y falta de transparencia en los criterios para atribuir los lugares donde habrán de realizarla”<sup>33</sup>.

En respuesta a esta carta, la dirección de la CAJ RM informó que la institución no cuenta ni con la infraestructura ni los profesionales para realizar actividades de supervisión, de modo de responder a la alta demanda de postulantes (la que se ha incrementado en últimos tres años, debido al aumento de facultades de Derecho en todo el país). Por ello, existiría una espera promedio de un mes y medio para los licenciados y de dos meses y medio tanto para los egresados como para quienes deben repetir la práctica<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> A propósito de una carta publicada en el diario *El Mercurio*, donde una abogada manifestaba su disconformidad con el sistema del turno, una usuaria de los servicios de asistencia jurídica escribió en el *blog* del diario esta nota. Para mayor información véase <http://blogs.elmercurio.com/columnsycartas/2008/03/17/tribunales-de-familia.asp>. Visitada el 4 de abril de 2008.

<sup>33</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G., Oficio N° 39-07 enviado con fecha 19 de julio de 2007 a la directora de la CAJ de la RM.

<sup>34</sup> CAJ RM, Oficio N° 0378-2007 de fecha 8 de agosto de 2007 al sr. presidente del Colegio de Abogados de Chile. Véase también, Artículo 3 del Reglamento de Práctica Profesional de Postulantes al Título de Abogados, en *Diario Oficial*, Santiago, 2 de octubre de 1985.

Por otra parte, es un hecho conocido que los abogados que se dedican a la asistencia jurídica reciben remuneraciones menores a las de mercado. Sin duda, pese a la fuerte vocación de servicio que la gran mayoría de ellos tiene, esta situación afecta su motivación y dedicación. Por ejemplo, un abogado de un poco más de media jornada (cien horas mensuales) de la CAJ RM recibe un sueldo bruto de \$645.157 (seiscientos cuarenta y cinco mil ciento cincuenta y siete pesos), mientras que un abogado de jornada completa (ciento sesenta horas mensuales) recibe \$1.032.252 (un millón treinta y dos mil doscientos cincuenta y dos pesos) bruto. Si dicho abogado es jefe de consultorio tiene derecho a una asignación de responsabilidad, según el número de personas que tiene a su cargo, que va entre \$47.000 (cuarenta y siete mil pesos) a \$ 170.000 (ciento setenta mil pesos)<sup>35</sup>. Como es dable imaginar, esta situación, unida a la alta carga de trabajo, que como se verá más adelante, genera un alto nivel de rotación profesional, que en el caso de los abogados de la CAJ RM alcanza a un 40% anual<sup>36</sup>.

En este sentido, cabe señalar que en los contratos de trabajo de los abogados de las CAJ, no existe prohibición de trabajar en asuntos particulares, siempre que ello se realice fuera de sus horarios de trabajo, cuestión que es difícil de controlar por la autoridad respectiva. Si un abogado se encuentra en tribunales revisando el despacho o asistiendo a audiencias, nada impide que pueda destinar parte de ese tiempo para ver el estado de sus causas particulares.

Otro factor relevante a analizar se relaciona con la cantidad de abogados por cada postulante. De acuerdo con la información de la CAJ RM, el número de abogados contratados en 2006 correspondía doscientos ochenta y cinco profesionales, mientras que el número de egresados a quienes se asignaron prácticas (postulantes) alcanzó mil cuatrocientas cincuenta y seis personas<sup>37</sup>. Conforme a estas cifras, al menos en el caso de la CAJ RM habría en promedio *un abogado por cada cinco postulantes*. Ahora bien, si esto se añade que cada postulante tiene a su cargo un promedio de entre *ochenta a cien causas*, significa que cada abogado debe supervisar la tramitación de alrededor de

---

<sup>35</sup> Información proporcionada por Marcela Carter, subdirectora administrativa CAJ RM, a través de comunicación telefónica realizada el 14 de mayo de 2008.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Durante el año 2006 se asignaron prácticas a mil quinientas noventa y cinco postulantes, ciento treinta y nueve de las cuales corresponden a los consultorios de la FALF. Para mayor información véase CAJ RM, *Memoria 2006*, en [http://www.cajmetro.cl/uploads/file\\_97041354.pdf](http://www.cajmetro.cl/uploads/file_97041354.pdf). Visitada el 6 de abril de 2008.

cuatrocientas a quinientas causas<sup>38</sup>, lo cual impide una supervisión acabada de las gestiones de los postulantes, máxime si se trata de abogados de jornada parcial.

### b. Cobertura

El concepto de cobertura alude tanto a la idea de cantidad o porcentaje que abarca una actividad como la extensión territorial de un servicio<sup>39</sup>. En este acápite analizaremos estas dos dimensiones.

Desde una perspectiva de cantidad, se estima que la población potencial de los servicios de asistencia jurídica de las CAJ alcanza aproximadamente a tres millones seiscientas mil personas, cifra que se calcula sobre la base de asimilar esta población con aquélla ubicada en el primer quintil de ingreso autónomo *per capita*. No obstante, la población usuaria de los servicios de las CAJ alcanzó en el año 2004 a 375.00 personas, lo que corresponde al 10,3% de la población potencial<sup>40</sup>.

Para responder a las necesidades de los usuarios, las CAJ cuentan con distintos tipos de centros de atención: consultorio fijos y móviles, oficinas de información y consultas, centros de mediación, CAVI y algunos casos, otros centros especializados<sup>41</sup>.

Ahora bien, desde una perspectiva territorial, cada una de las CAJ además de la región en la que encuentra su asiento, tiene bajo su dependencia otras regiones. A primera vista se advierte que esta adscripción no obedece a criterios de proporcionalidad claros. Así, mientras la CAJ de Tarapacá y Antofagasta tiene bajo su tuición dos regiones (Primera y Segunda), la CAJ RM presta sus servicios en cuatro regiones (Metropolitana, Sexta, Séptima y Duodécima), lo mismo que la CAJ del Biobío, que comprende las regiones Octava, Novena, décima y Undécima. Por su parte, la CAJ de Valparaíso tiene bajo su tuición la Tercera, Cuarta y Quinta regiones.

De acuerdo con la información recogida, las CAJ cubren trescientas cuarenta y cuatro comunas de un total de trescientas cuaren-

---

<sup>38</sup> Información obtenida a través de una comunicación personal con Paula Correa, directora de la CAJ R.M durante los años 2004 a 2007.

<sup>39</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es). Visitada el 12 de mayo de 2008.

<sup>40</sup> CEAL, *Resumen Ejecutivo. Estudio de diagnóstico sobre la demanda de los servicios jurídicos en la población de escasos recursos*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, abril, 2005.

<sup>41</sup> Información obtenida a través de las páginas web de las cuatro CAJ: [www.cajmetro.cl](http://www.cajmetro.cl); [www.cajval.cl](http://www.cajval.cl); [www.cajbiobio.cl](http://www.cajbiobio.cl) y [www.cajta.cl](http://www.cajta.cl). Visitadas el 6 de mayo de 2008.

ta y cinco en todo el país. La excepción la constituye la Isla de Juan Fernández<sup>42</sup>. Con todo, ello no significa que exista un consultorio jurídico en cada comuna, puesto que la cobertura territorial es variable, según se trate de consultorios fijos o móviles. Los primeros atienden todos los días de la semana en un mismo lugar, sin embargo, los móviles ofrecen sus servicios con diversa periodicidad: uno o dos días por semana, un día cada dos semanas o un día al mes, lo que depende tanto de la situación geográfica de la comuna como de la existencia de convenios municipales en dicha localidad.

Por otra parte, la amplia gama de materias de que conocen las CAJ no permite la especialización de sus profesionales. En general, salvo excepciones asociadas a proyectos específicos, los consultorios reciben y atienden todo tipo de asuntos, lo que limita el perfeccionamiento, la depuración de las prácticas y la optimización de los recursos.

### *c. Financiamiento y gestión*

Como ya se ha mencionado, las CAJ tienen un sistema mixto de financiamiento, donde el grueso de los ingresos proviene del aporte fiscal y el resto a través de otras vías, *v.gr.* los convenios municipales.

A modo de ejemplo, la CAJ RM durante el año 2006 administró un presupuesto anual de \$5.896.116. De ellos, un 78,4% (4.622.309) corresponde a transferencias corrientes, es decir, a recursos provenientes del Ministerio de Justicia y un 21,6% (\$1.273.807) a ingresos de operación, que comprende los ingresos provenientes por convenios municipales, otros ingresos corrientes, venta de activos no financieros y saldo inicial de caja<sup>43</sup>.

Las transferencias corrientes se destinan exclusivamente al pago de honorarios profesionales mientras que los otros ingresos se utilizan para gastos de operación<sup>44</sup>. Esto explica que muchos consultorios se encuentren en precarias condiciones, tanto de infraestructura como de equipamiento y mobiliario básico para trabajar y atender a los usuarios. Pocos computadores, muchos de ellos sin conexión a Internet, problemas de climatización, entre otros, son algunas de las deficiencias que afectan a muchos consultorios de las CAJ. En este sentido, la propia directora de la CAJ RM, Sra. Alejandra Krauss ha señalado estar consciente “de la modestia franciscana en que trabajan

---

<sup>42</sup> CEAL (n. 40).

<sup>43</sup> CAJ RM (n. 37). Visitada el 2 de mayo de 2008.

<sup>44</sup> Información proporcionada por Marcela Carter, subdirectora administrativa CAJ RM.

nuestros profesionales”, aludiendo a los problemas de equipamiento de los consultorios<sup>45</sup>.

Como se verá más adelante, el presupuesto anual de las CAJ no permite la contratación de más abogados, de modo que la idea de profesionalizar el sistema de asistencia jurídica es viable sólo si va a aparejada de la decisión política de incrementar sustancialmente de recursos. Así, las CAJ están destinadas a seguir utilizando a los postulantes –con todas las deficiencias que ya se han detallado– como un pilar fundamental en la provisión de servicios.

Por otra parte, cabe destacar que los convenios municipales representan un ingreso variable y relativamente incierto, pues se renuevan año a año, cuestión que está sometida a los recursos municipales y a las prioridades de la autoridad de turno<sup>46</sup>. Además, de acuerdo con la información entregada por la CAJ RM, el promedio de recaudación de los convenios municipales no alcanza siquiera al 50%<sup>47</sup>.

En este escenario de presupuestos reducidos, las CAJ han buscado otras formas de allegar recursos, especialmente a través de la ejecución de proyectos y de la participación en procesos licitatorios en algunas áreas muy delimitadas como, por ejemplo, en materia penal en el caso de las defensorías licitadas y, en materia familiar, en el caso de los servicios de mediación. Con todo, dichos recursos son adjudicados para un período de tiempo determinado y con una asignación específica.

Ahora bien, de acuerdo con la información obtenida a través del Ministerio de Justicia, el aporte fiscal anual para las cuatro CAJ corresponde aproximadamente a *diez millones de pesos*, mientras que el presupuesto anual de la Defensoría Penal Pública, institución dependiente de la misma repartición que realiza una labor análoga, durante el año 2007 administró un presupuesto de un poco más *treinta y dos millones de pesos*<sup>48</sup>. Es difícil comprender cómo una institución que otorga asistencia jurídica en al menos tres tipos de materias distintas

---

<sup>45</sup> “Práctica profesional obligatoria. ¿Vientos de cambios?”, en *Revista del Abogado*, N° 42, Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., abril de 2008. En esta publicación, la directora de la CAJ RM explica que si bien hay computadores en todos los consultorios, pero no hay suficientes para todos los abogados y postulantes y sólo un 30% de ellos cuenta con conexión a Internet y puerto USB.

<sup>46</sup> Muchos alcaldes sostienen que la labor de asistencia jurídica gratuita, de acuerdo con la Constitución le corresponde al Estado, razón por la cual no suscriben convenios con las CAJ.

<sup>47</sup> Información proporcionada por Marcela Carter, subdirectora administrativa CAJ RM.

<sup>48</sup> Para mayor información véase [http://www.defensoriapenal.cl/interior/defensoria/archivos/presupuestos/web\\_2007.pdf](http://www.defensoriapenal.cl/interior/defensoria/archivos/presupuestos/web_2007.pdf). Visitada el 6 de abril de 2008.



(familia, civil, laboral) tenga un tercio de presupuesto que administra una institución con la misma finalidad, pero que comprenden en la defensa sólo un tipo de asuntos: los penales.

Finalmente, cabe señalar que la administración autónoma de cada CAJ impide una gestión coordinada e integrada de los servicios en el ámbito nacional. En términos generales, las cuatro CAJ poseen estructuras orgánicas y modelos financieros similares –consultorios fijos y móviles, aporte fiscal y municipal, recurso humano compuesto por abogados y postulante, entre otras–, pero se rigen por criterios y procedimientos diferentes (por ejemplo, en materia de definición de áreas prioritarias, sistema de calificación económica de los usuarios, tipo y número de centros especializados, reglas de contratación y remuneración de sus profesionales y funcionarios, entre otras). Estas diferencias en la gestión administrativa y financiera provocan asimetrías entre los funcionarios de las CAJ en relación con sus contrataciones<sup>49</sup> y diversidad de criterios en la asignación y evaluación de las prácticas profesionales de los postulantes<sup>50</sup>, entre otros efectos.

A modo de síntesis, los factores antes descritos no permiten ofrecer a los usuarios de las CAJ un servicio profesional de calidad. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, si lo que se pretende es la efectiva realización de los derechos de las personas, no es suficiente la existencia formal de mecanismos de asistencia jurídica, sino que se requiere de mecanismos idóneos y efectivos para conseguir su cometido<sup>51</sup>. No basta entonces con la presencia de un orden normativo, sino que la conducta gubernamental debe asegurar “la existencia, *en la realidad*, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>52</sup> (el destacado es nuestro).

Con todo, no podemos dejar de señalar que las CAJ constituyen el soporte principal del sistema de asistencia jurídica gratuita, pues pese a las deficiencias, especialmente las presupuestarias, ofrecen ser-

<sup>49</sup> [http://fenadaj.blogspot.com/2005\\_11\\_01\\_archive.html](http://fenadaj.blogspot.com/2005_11_01_archive.html). Visitada el 25 de mayo de 2008. En este blog spot denominado “Defendamos nuestros derechos” podrá encontrar información sobre la organización gremial que agrupa a los funcionarios de las corporaciones de asistencia judicial de Chile.

<sup>50</sup> DEPARTAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y FORJA, *Los postulantes. El ejercicio de la práctica profesional para optar al título de abogado*, en [http://www.accesoalajusticia.cl/si/docs/mas/Presentacion\\_Postulantes.PPT](http://www.accesoalajusticia.cl/si/docs/mas/Presentacion_Postulantes.PPT). Visitada el 8 de mayo de 2008.

<sup>51</sup> CORTE IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147. CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>52</sup> CORTE IDH, Caso Velásquez... (n. 51).

vicios en prácticamente todo el territorio nacional y han hecho trabajo de vanguardia en muchas áreas como, por ejemplo, en materia de derechos humanos, atención a víctimas de delitos violentos y en la práctica de la mediación, donde han sido pioneras.

Sin embargo, el panorama es poco alentador y no puede sino llevarnos a la conclusión de la necesidad de reformar el sistema de asistencia jurídica en forma urgente, ya que los mecanismos existentes incumplen la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Ya en 1995, académicos en ese entonces de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales sostenían lo siguiente:

“Se trata entonces, de instituciones (las CAJ) altamente rutinizadas que se encuentran siempre sobrepasadas de requerimientos y carentes de recursos, que no alcanzan a evaluar, programar o fiscalizar su desempeño habitual. La organización funcional y territorial de las actuales corporaciones adolece de deficiencias. El financiamiento es percibido como insuficiente existiendo una alta demanda por crear nuevos consultorios y ampliar los existentes. Los convenios suscritos con las municipalidades son, en general, de corta duración. (...) Finalmente, el haber estructurado el sistema de atención gratuita en base a los servicios que prestan obligatoriamente y no remuneradamente los postulantes (...) genera una serie de problemas”<sup>53</sup>.

Por su parte, en 1999 el propio Ministerio de Justicia a través de su Departamento de Asistencia Jurídica sostuvo que la ausencia de una política pública de asistencia jurídica

“decantó en instituciones limitadas, que realizan una función pública con recursos mínimos, entregando a la comunidad un servicio precario, pero alentado de una fuerte vocación de ayuda a los pobres”<sup>54</sup>.

Existe, pues, un relativo consenso en el diagnóstico de las CAJ, que como se ve no es nuevo y que pone en evidencia la ausencia de políticas públicas de acceso a la justicia, que contemplen un soporte institucional profesional común para todo el país.

---

<sup>53</sup> CORREA y JIMÉNEZ (n. 23).

<sup>54</sup> DEPARTAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y FORJA (n. 50).

De un tiempo a esta parte, el debate sobre la necesidad de articular un sistema nacional de carácter profesional ha vuelto al tapete con ocasión de la discusión de las últimas reformas judiciales. En el caso de la Reforma Procesal Penal de 2000, la estructura de los nuevos procedimientos –basados en la oralidad, intermediación y contradicción– exigía la intervención de letrados, razón por la cual no era posible entregar a los postulantes el manejo de las causas. Éstas y otras razones avalaron la creación de una nueva institucionalidad, la Defensoría Penal Pública, cuya misión era precisamente la defensa en juicio de los imputados pobres. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con las reformas a la justicia familiar de 2005 y laboral de 2007, las que pese a contemplar procedimientos similares a los penales, no cuentan con dispositivos institucionales de asesoría letrada para las personas de escasos recursos.

Por ello, lo que ha ocurrido es que no habiendo otras instituciones públicas que puedan entregar estos servicios, el legislador hace recaer, de una forma u otra, la defensa de los más pobres en las CAJ. Si bien para este objetivo se las dota de presupuestos adicionales, consideramos que éstos no pasan de ser un paliativo para enfrentar los nuevos requerimientos y desafíos. Veamos como se ha procedido.

#### *d. Justicia de familia y acceso efectivo a la justicia*

En la actualidad, la Ley de Tribunales de Familia establece la comparecencia personal de las partes, las que por tanto, pueden acudir al sistema judicial sin necesidad de contar con el patrocinio de un abogado. Sin embargo, esta regulación a corto plazo se verá modificada por la reforma a la ley N° 19.968<sup>55</sup>, que establece la comparecencia letrada obligatoria para todos los asuntos que deban tramitarse de acuerdo con el procedimiento ordinario. Esta modificación se introduce, junto con otras orgánicas y procedimentales, con el objetivo disminuir la alta demanda de servicios judiciales y mitigar la crisis en la que al poco andar se vieron sumidos los tribunales de familia, según ya fuera consignado en el *Informe Anual de Derechos Humanos 2007...*<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Proyecto de ley del Ejecutivo que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968 ingresado el 17 de agosto de 2006. *Boletín* 4438-07. Con fecha 12 de junio de 2008, el proyecto fue aprobado por el Congreso Nacional. A la fecha de entrega de este informe, el texto aprobado era objeto de estudio por parte del TC.

<sup>56</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. (Hechos 2006)*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, en [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl), visitado el 3 de marzo de 2008. Véase, también, Lidia CA-

Se estima que esta reforma puede significar una disminución de un 10% de los casos ingresados que se rigen por el procedimiento ordinario<sup>57</sup>. Sin embargo, el impacto que esta reforma pueda tener en los servicios de las CAJ no está claro. Un estudio realizado por CEAL en 2007 indica que pese a su capacidad limitada de trabajo, atienden a todas las personas que concuerden con el perfil de sus usuarios. Por tanto, se parte del supuesto que tienen “capacidad suficiente para absorber la demanda de servicios de patrocinio y representación en juicio”<sup>58</sup>.

Si bien, no hay estimaciones del aumento de la demanda por servicios de las CAJ, el proyecto de ley contempla la inyección de \$ 4.524 millones de pesos (cuatro mil quinientos veinticuatro millones) para todas las CAJ del país, de modo de financiar recursos profesionales y de infraestructura para responder a la gran demanda que se espera reciban. Este monto será destinado para la contratación de más abogados, asistentes sociales, psicólogos y personal administrativo, además de solventar gastos de arriendos, capacitación y soporte computacional<sup>59</sup>.

#### *d. Justicia laboral y acceso efectivo a la justicia*

En el caso de la reforma laboral se plantea una situación similar. Con fecha 3 de enero de 2006 fue publicada en el *Diario Oficial* la ley N° 20.0087 que modifica el procedimiento laboral, cuya puesta en marcha se inició en forma gradual el 31 de marzo del 2008<sup>60</sup>.

La nueva estructura procedimental exige que la litigación esté a cargo de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, eli-

SAS *et al.*, *Informe sobre el funcionamiento de los nuevos tribunales de familia. Resultados de una investigación exploratoria*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006, en [http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP\\_Final\\_%2020201.pdf](http://www.udp.cl/derecho/cij/publicaciones/InformeTribunalesdeFamiliaUDP_Final_%2020201.pdf). Visitada el 8 de marzo de 2008.

<sup>57</sup> CEAL, *Impacto de la reforma a la ley N° 19.968 en la demanda de ingresos de los Tribunales de Familia y del Sistema Nacional de Mediación*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, agosto 2007, vol. I.

<sup>58</sup> *Ibid*

<sup>59</sup> Para mayor información véase [www.comunicados/2006/agosto/17\\_agosto\\_2006.htm](http://www.comunicados/2006/agosto/17_agosto_2006.htm). Visitada el 3 de marzo de 2008.

<sup>60</sup> La puesta en marcha gradual de esta reforma contempla cinco etapas. La primera, ya iniciada el 30 de marzo de 2008, incluyó las regiones II y XII; la segunda, a iniciarse el 30 de octubre de 2008, comprende las regiones I, IV, V y XIV; la tercera, a iniciarse el 30 de abril de 2009, comprende las regiones VI, VII, VIII; la cuarta, a iniciarse el 30 de agosto de 2009, comprende la RM y la quinta y última, comprende las regiones IX, X, XI y XV, a iniciarse el 30 de octubre de 2009.

minando con ello la participación de los postulantes, lo que obligó a las autoridades a buscar algún mecanismo de asistencia jurídica letrada. En efecto, la senadora Soledad Alvear, junto con los diputados Eduardo Safirio y Patricio Vallespín, presentaron en agosto de 2006 un proyecto de ley para crear la figura del defensor laboral, iniciativa que contó con el respaldo de la CUT. “Sin defensa para los trabajadores vamos a tener un pie cojo”, señaló en su oportunidad la senadora refiriéndose a la necesidad de garantizar a los trabajadores una defensa profesional gratuita que asegure el ejercicio y respecto de sus derechos laborales<sup>61</sup>.

Recogiendo esta iniciativa, la presidenta Bachelet anunció en su discurso del 21 de mayo de 2007 el despacho al Congreso Nacional de un proyecto de ley para la creación de una defensoría pública laboral<sup>62</sup>. Sin embargo, dicha iniciativa se materializó finalmente a través del Programa de Defensa Laboral del Ministerio de Justicia, pero con profesionales dependientes de las corporaciones de asistencia judicial. La misión de este programa será entregar defensa jurídica profesional y especializada a los trabajadores que no tengan recursos económicos<sup>63</sup>. Se trata de una figura similar a la del defensor penal, pero que se instala orgánicamente al alero de las CAJ y supone la contratación de profesionales especializados y distribuidos territorialmente.

En enero de 2008 el Ministerio de Justicia llamó a un concurso para los primeros cargos de defensores laborales, los que fueron seleccionados bajos criterios técnicos y luego capacitados por una comisión interinstitucional. Es cuestionable, sin embargo, la real capacidad que tendrán los nuevos defensores laborales para hacer frente a las demandas de los trabajadores, pues, a modo de ejemplo, en las regiones pilotos (Atacama y Magallanes) el número de defensores de es *cuatro y dos* defensores, respectivamente<sup>64</sup>.

La creación de la figura de defensores para la nueva judicatura laboral parece necesaria y acertada, pero la modalidad empleada –programa ad hoc monitoreado por el Ministerio de Justicia con abogados

---

<sup>61</sup> “DC pide crear defensor laboral”, en *La Nación*, Santiago, 4 de septiembre de 2007.

<sup>62</sup> “Creación del defensor laboral y cambios al seguro de cesantía”, en *La Nación*, Santiago, 22 de mayo de 2007.

<sup>63</sup> [http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2008/marzo/31\\_03\\_08.pdf](http://www.minjusticia.cl/Comunicados/2008/marzo/31_03_08.pdf). Visitada el 20 de junio de 2008.

<sup>64</sup> El número de defensores laborales en todo el país asciende a ciento treinta y seis profesionales.

dependientes de las CAJ– pone en evidencia la ausencia de un sistema de asistencia jurídica gratuita que integre y articule todas las áreas en que se deban prestar estos servicios.

Este escenario podría volver a plantearse a propósito de la reforma a la justicia civil que se viene discutiendo desde 2005 y que ya cuenta con un anteproyecto elaborado sobre la base de los lineamientos propuestos por el Foro Procesal Civil convocado para estos efectos por el Ministerio de Justicia. El Ejecutivo tiene como meta enviar al Congreso Nacional el proyecto de reforma durante el primer semestre de 2009<sup>65</sup>.

Como última cuestión, vale la pena consignar que a partir del año 2008 el Ministerio de Justicia se encuentra abocado al estudio y diseño de una institucionalidad destinada a prestar defensa y asesoría a quienes no puedan procurárselas por sí mismos. En efecto, se trabaja en un proyecto de ley que creará un servicio público, descentralizado y desconcentrado denominado “Defensoría y Asesoría Legal”, que se estructura sobre la base de una Dirección Nacional y de direcciones regionales, además de un consejo nacional de asistencia jurídica. Este nuevo sistema contempla un sistema mixto de prestación de servicios, a través de profesionales de la institución y de externos, los que se podrán ser contratados por medio de distintas modalidades, como por ejemplo, licitaciones públicas, convenios directos, entre otros<sup>66</sup>.

## 2. Abogados de turno

La figura de los abogados de turno se encuentra regulada en el artículo 595 inciso primero del *Código Orgánico de Tribunales*, que señala:

“Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren gozado o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces

---

<sup>65</sup> “Oralidad, transparencia y rapidez serán los pilares de la nueva justicia civil”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de junio de 2008.

<sup>66</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, *Defensoría y asesoría legal*, primer borrador, 2 de mayo de 2008. Material proporcionado por la División Jurídica del Ministerio de Justicia.

de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deben distribuir las causas entre los abogados designados”.

Se han esgrimido diversas razones para explicar los fundamentos de esta figura. Algunos sostienen que se trata de una suerte de retribución que los abogados deben hacer al Estado dado que éste les otorga el título de abogado y no la universidad donde cursaron sus estudios. Otros sostienen que la profesión de abogado es una función pública que nace de sentimientos humanitarios y de justicia, por tanto estos profesionales deben ayudar a las personas de escasos recursos. Finalmente, otros tantos consideran que el turno es una de las formas que la ley establece para cumplir con el mandato constitucional de proveer de asistencia jurídica a los que no pueden procurarse la por sí mismos (art. 19 N° 3, inc. 3)<sup>67</sup>.

Esta institución ha sido objeto de un sin número de críticas provenientes desde diversos frentes. Se ha sostenido la inconstitucionalidad de la figura, toda vez que supone la violación de un conjunto de garantías constitucionales, como la igualdad ante la ley y la igual repartición de las cargas públicas. Otras críticas apuntan a la disparidad de la carga de trabajo que debe asumir el abogado de turno (puede tratarse de una o varias causas y en distintos estados de tramitación) y a la falta de criterios claros para la designación del turno, el que habitualmente recae en abogados recién egresados sin mayor experiencia profesional<sup>68</sup>.

El Colegio de Abogados de Chile A.G. en diversas oportunidades ha planteado su desacuerdo con esta institución. En el año 2006 el interpuso una reclamación ante la OIT en contra el Estado de Chile por la imposición de trabajo forzoso a los abogados chilenos, lo que implicaría la violación a las obligaciones impuestas por el convenio que se refiere a esta materia. Dicha reclamación fue declarada

---

<sup>67</sup> Un buen resumen de las distintas argumentaciones se puede encontrar en el fallo del TC, de 31 de marzo de 2008. Requerimiento de inaplicabilidad presentado por el abogado Sergio Toloza Rodríguez y el presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., Sergio Urrejola Monckeberg, en su representación, respecto del artículo 595 del *Código Orgánico de Tribunales*, en causa rol N° 6626-2006, caratulada “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, en la Corte Suprema.

<sup>68</sup> INSTITUTO LIBERTAD, *Sistema de abogados de turno: ¿adecuado y equitativo cumplimiento de un deber estatal*, en [www.institutolibertad.cl/p\\_236.htm](http://www.institutolibertad.cl/p_236.htm). Visitada el 21 de mayo de 2008; “Asistencia jurídica”, en Editorial de *El Mercurio*, Santiago, 28 de abril de 2008.; TC, Requerimiento de inaplicabilidad. Fallo del 31 de marzo de 2008.

admisible por la OIT en julio de 2007, procediéndose a la formación de un comité para su examen<sup>69</sup>.

En esa misma línea, el Colegio de Abogados a través de una declaración pública, planteó que la imposición del turno en asuntos de familia constituye una “carga ilegítima del trabajo no remunerado para los abogados que ejercen libremente la profesión. Esta designación es injusta, ilegal e inconstitucional”<sup>70</sup>. En enero de 2006 se despachó una carta al presidente de la Corte Suprema solicitándole que oficie a los tribunales de familia del país para que se abstengan de designar abogados de turno y que se informe a los usuarios de la posibilidad de concurrir a las CAJ para obtener la debida asesoría letrada. Ello, entre otras razones, porque el *Código Orgánico de Tribunales* en su artículo 595 contempla esta figura para las causas civiles, laborales y criminal, quedando, por tanto, fuera del alcance de esta norma, las causas de familia.

En oficio de marzo de 2006, la Corte Suprema reafirmó la necesidad de la institución del turno y fundamentó su cumplimiento en la *Constitución Política de la República* y los tratados internacionales vigentes que garantizan el acceso a la justicia de los más pobres. La Corte Suprema en dicha ocasión hizo mención al cuestionado artículo 595, señalando que la expresión de “causas civiles” que éste contiene incluye las familiares y es concordante con el artículo 18 de la ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, que establece la facultad de los jueces de designar abogados en los casos en que una parte cuente con asesoría y la otra no<sup>71</sup>. Ante esta respuesta, el colegio de la orden pidió una reconsideración a la Corte Suprema, la que fue desestimada en mayo de 2006<sup>72</sup>.

Una encuesta realizada por la Fundación Pro Bono en el año 2004 sobre el voluntariado legal en Chile muestra que de un universo de quinientos ochenta y cinco abogados encuestados, un 56% ha sido designado abogado de turno. De éstos, un 41% declara que le ha sido asignado el turno sólo una vez, un 20% más de una vez y un 39% no contesta. En general, la experiencia es mal evaluada por los

---

<sup>69</sup> Para mayor información, véase [http://www.abogados.cl/mailling/docs/Presentacion\\_OIT\\_1006.pdf](http://www.abogados.cl/mailling/docs/Presentacion_OIT_1006.pdf), visitada el 2 de mayo de 2008; <http://www.abogados.cl/htm/20070711195939556.pdf>. Visitada el 6 de abril de 2008.

<sup>70</sup> [http://www.abogados.cl/mailling/docs/declaracion\\_trib\\_fam\\_0606.pdf](http://www.abogados.cl/mailling/docs/declaracion_trib_fam_0606.pdf). Visitada el 6 de abril de 2008.

<sup>71</sup> [http://www.abogados.cl/mailling/docs/informe\\_corte\\_0606.pdf](http://www.abogados.cl/mailling/docs/informe_corte_0606.pdf). Visitada el 6 de abril de 2008.

<sup>72</sup> [http://www.abogados.cl/mailling/docs/Poder\\_Judicial\\_0606.pdf](http://www.abogados.cl/mailling/docs/Poder_Judicial_0606.pdf). Visitada el 6 de abril de 2008.



encuestados tanto en aspectos operativos (un 70% reprueba la organización del sistema), como en aspectos relativos a la ayuda que se brinda a los usuarios (un 55% considera que ésta es mala a regular). Por otra parte, un 74% indica que no hubo instancias de seguimiento y control de su labor<sup>73</sup>.

Por último, cabe señalar que no existe ningún auto acordado o inestructivo de la Corte Suprema sobre el tema. Cada Corte de Apelación tiene sus criterios y procedimientos para la designación de los abogados del turno. En el caso de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme a la información que le provee periódicamente la Corte Suprema con los últimos abogados titulados, se confecciona mensualmente una nómina de abogados de turno en materia penal (29), materia civil (catorce), materia laboral (doce), cobranza laboral y previsional (dos) y para las fiscalías militares de Santiago (once)<sup>74</sup>. Llama la atención que en este listado no se incluyan a los tribunales de familia, en consideración a las declaraciones de la propia Corte Suprema en torno al tema. De acuerdo con la información proporcionada por la encargada de estadísticas de la Corte de Apelaciones de Santiago, las nóminas se realizan de acuerdo con el orden de las fechas de titulación, con una demora promedio de seis meses. Así, por ejemplo, en junio de 2008 se designaron abogados titulados en noviembre de 2007<sup>75</sup>.

Por otro lado, quienes abogan por la existencia y mantención de los abogados de turno –principalmente los jueces de familia<sup>76</sup>– aducen la falta de instancias públicas, privadas o ambas que presten asistencia jurídica gratuita a los pobres en algunas localidades. Si bien las CAJ tienen presencia en la mayoría de ellas, por disposiciones internas si una de las partes es representada judicialmente por los abogados de las CAJ, éstos no pueden patrocinar a la contraparte. En ese sentido, se ha sostenido que la ausencia de abogado de una de las partes traería como consecuencia una vulneración grave a los derechos humanos de las personas.

Esta discusión fue recientemente zanjada por el TC, a propósito de un requerimiento presentado por el abogado Sergio Toloza Ro-

---

<sup>73</sup> FUNDACIÓN PRO BONO, *Investigación sobre el voluntariado legal en Chile*, Santiago, 2004. Para mayor información véase [http://www.probono.cl/descargas/Investigacion\\_Voluntariado.doc](http://www.probono.cl/descargas/Investigacion_Voluntariado.doc). Visitada el 9 de abril de 2008.

<sup>74</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Oficio N° 040-2008, 28 de mayo de 2008.

<sup>75</sup> Entrevista a Ximena Mass, encargada de estadísticas de la Corte de Apelaciones de Santiago, realizada el 3 de junio de 2008.

<sup>76</sup> TC (n. 68).

dríguez, junto con el presidente del Colegio de Abogados, Sergio Urrejola Monckeberg, por el turno asignado por el Tribunal de Familia de Osorno en dos oportunidades al abogado Sergio Toloza. Los requirentes interpusieron una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 595 del *Código Orgánico de Tribunales*, argumentado que esta disposición vulnera el derecho a la igual repartición de las cargas públicas y el derecho a la igualdad ante la ley, además de la libertad de trabajo y el desarrollo de actividades económicas, todas garantías consagradas en el artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

El fallo del TC, de 31 de marzo de 2008, acoge el requerimiento, declarando inaplicable la expresión ‘gratuitamente’ que contiene el artículo 595 en su inciso primero. Ello, pues, considera que la designación de turno, en el caso del requirente, “no ha podido sino producir un menoscabo y un detrimento que debe ser debidamente compensado por el Estado”<sup>77</sup>.

Este fallo constituye un importante precedente en la materia, pues pone por primera vez en jaque la constitucionalidad del turno y abre paso para que nuevos requerimientos puedan ser presentados y eventualmente acogidos. No sería extraño que en el corto plazo surjan voces que propugnen derechamente la eliminación de esta institución. De hecho, la percepción de los abogados sobre esta institución es negativa. Algunos han sostenido, entre otras críticas, que se trata de una carga injusta, que además de restarles tiempo para cumplir las obligaciones contraídas con sus clientes ni siquiera contempla algún tipo de compensación por el trabajo y dedicación invertidos<sup>78</sup>.

Algunos problemas adicionales que la figura del abogado de turno genera, ahora, para la garantía del acceso efectivo a la justicia, son los siguientes: por una parte, se trata de una institución que no opera en forma uniforme en todo el país, carece de procedimientos y criterios comunes para la designación de los abogados, razón por la cual genera desigualdades tanto para los abogados como para los usuarios; por otra, se trata de una institución que no contempla instancias de seguimiento y evaluación de las gestiones realizadas, lo que opera como un desincentivo para brindar una buena atención a los beneficiados. En relación con este último punto, cabe señalar que las cortes no tienen facultades para monitorear el trabajo de los abogados ni

---

<sup>77</sup> TC (n. 68).

<sup>78</sup> “Tribunales de Familia”, carta al director, *El Mercurio*, <http://blogs.elmercurio.com/columnsycartas/2008/03/17/tribunales-de-familia.asp>. Visitada 17 de marzo de 2008

sancionarlos en caso de desempeño deficiente de sus funciones. Sólo pueden sancionarlos si no cumplieren con la obligación de defender gratuitamente las causas asignadas por el turno<sup>79</sup>.

Para ser efectiva, esta institución requiere de profundas mejoras en orden a su objetivo, gestión y retribución. De no ser así –por las razones antes mencionadas– más valdría la pena pensar en su eliminación, lo cual resulta coherente con la propuesta del Ejecutivo de crear un sistema de asistencia jurídica profesional de defensa y asesoría legal para los más pobres, como el antes mencionado.

### 3. *Privilegio de pobreza*

Esta institución tiene por objetivo exonerar del pago de gastos judiciales a las personas que carezcan de medios económicos para solventarlos. La ley señala, entre otras cosas, que quienes obtengan este beneficio tendrán derecho a ser servidos gratuitamente por los funcionarios del orden judicial, abogados y procuradores y, en caso de ser multados, serán exonerados<sup>80</sup>.

El privilegio de pobreza o beneficio a litigar sin costos se puede obtener por medio de sentencia judicial o a través de las formas que establece la ley. En el primer caso, el interesado debe solicitarlo ante el tribunal durante la secuela de un proceso –e, incluso, antes de su inicio– y precisar las circunstancias que lo habilitan para pedir el beneficio (por ejemplo, profesión o industria, rentas, deudas, cargas personales o de familia, entre otras). Con estos antecedentes, el juez decide si lo concede o no<sup>81</sup>.

En el segundo caso, se puede acceder a este beneficio a través de la presunción legal del artículo 135 del *Código de Procedimiento Civil*<sup>82</sup> o en los casos expresamente señalados en el *Código Orgánico de Tribunales*, que dispone que las personas atendidas por las CAJ gozarán por el solo ministerio de la ley del privilegio de pobreza. En este caso, el beneficio de pobreza incluye además el no pago de las consignaciones que la ley señala para la interposición de recursos proce-

<sup>79</sup> La sanción consiste en la suspensión del ejercicio de la profesión por hasta seis meses. Artículo 598 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>80</sup> Artículos 591 y 592 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>81</sup> Artículos 129 a 137, *Código de Procedimiento Civil*.

<sup>82</sup> Artículo 135 del *Código de Procedimiento Civil*: “Se estimará como presunción legal de pobreza las circunstancias de encontrarse preso el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la substanciación del juicio criminal”. Esta norma se reitera en el artículo 593 del *Código Orgánico de Tribunales*.

sales, la obligación de procuradores del número, receptores judiciales y notarios<sup>83</sup> de actuar gratuitamente y la exoneración del pago de costas. Esto significa que quien es patrocinado por las CAJ “automáticamente” tiene derecho al privilegio de pobreza.

Ahora bien, sólo pueden ser atendidos por las CAJ quienes que, previa calificación socioeconómica, sean catalogadas como personas de escasos recursos o, dicho de otro modo, sin recursos suficientes para solventar los gastos de un abogado particular. Esta calificación es realizada por los asistentes sociales de las CAJ, el abogado jefe de consultorio o ambos, en su caso.

La “condición de pobre” se puede acreditar de diversas formas. En el caso de la CAJ de Valparaíso se puede certificar a través de las liquidaciones de sueldo, de pensión, declaraciones de renta, entre otras<sup>84</sup>. En el caso de la CAJ RM son consideradas como personas de escasos recursos quienes tengan un ingreso *per capita* inferior a 6 UF en zonas urbanas y a 5,5 UF en zonas rurales, es decir, menos del ingreso mínimo que, en junio de 2008, alcanzaba a \$144.000. Pueden ser también atendidas las personas que participen en el programa Chile Solidario, que posean la evaluación socioeconómica que realizan los municipios o la credencial de FONASA, entre otros<sup>85</sup>.

A la luz de estos antecedentes, el privilegio de pobreza también plantea dificultades para asegurar el acceso a la justicia de los más pobres y dar cumplimiento a lo previsto en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello, principalmente en el caso del privilegio declarado por sentencia judicial, toda vez que se exige al interesado no sólo conocer la existencia de este beneficio sino, además, la presentación de una petición por escrito ante el tribunal y acreditar su condición de precariedad económica. En la práctica esto resulta a todas luces inviable. Las personas, y no sólo los más pobres, apenas conocen sus derechos fundamentales y cómo ejercerlos, por tanto, suponer que quien carece de recursos económicos está en condiciones reales de solicitar este beneficio, parece al menos ingenuo, amén del tiempo que la tramitación de esta petición pueda tomar.

---

<sup>83</sup> En el caso de los notarios, esta obligación alcanza sólo a algunas gestiones expresamente señaladas en la ley. Artículo 602 del *Código Orgánico de Tribunales*.

<sup>84</sup> Para mayor información véase [http://www.cajval.cl/contenido/Atenciones/Consultas\\_Frecuentes\\_correo/PF\\_cajval.htm#4](http://www.cajval.cl/contenido/Atenciones/Consultas_Frecuentes_correo/PF_cajval.htm#4). Visitada el 1 de junio de 2008.

<sup>85</sup> Para mayor información véase [http://www.cajmetro.cl/se\\_usuarios.php](http://www.cajmetro.cl/se_usuarios.php). Visitada el 9 de junio de 2008.

Esta situación no se compara con el espíritu de las normas internacionales de derechos humanos que exigen la provisión por parte del Estado de recursos efectivos para recurrir al sistema judicial en busca de protección y tutela de los derechos de las personas. La Corte IDH ha entendido

“la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho de acceso a la justicia...”<sup>86</sup>.

La regulación legal del privilegio de pobreza por declaración judicial no hace sino entorpecer el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos, toda vez que les exige para obtener el beneficio de litigar sin costos cumplir con una serie de requisitos y trámites que no hacen sino obstaculizar el derecho a obtener la tutela de sus derechos o la resolución de sus conflictos.

Consultado un juez civil de Santiago, sobre este punto, señaló que la presentación de solicitudes era mínima y que durante su experiencia profesional judicial –de casi diez años– nunca se lo han pedido<sup>87</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que exige a los Estados la provisión de mecanismos de tutela judicial y de resolución de los conflictos de relevancia jurídica para todos sus ciudadanos. Una mirada amplia de este derecho comprende, además, del sistema de justicia formal, vías extrajudiciales e, incluso, no estatales de procesamiento de los conflictos como, por ejemplo, los mecanismos alternativos o la justicia indígena.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha llenado de contenido y definido los alcances de este derecho al señalar que los Estados deben proveer a todas las personas recursos efectivos, no sólo formales, de naturaleza sencilla y de ejecución rápida. Cualquier traba que dificulte o impida el uso de estos recursos constituye una vulneración

---

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

<sup>87</sup> Entrevista a Ricardo Núñez, juez del 18º Juzgado Civil de Santiago, realizada el 18 de julio de 2008.

al derecho de acceso a la justicia. Incluso más, algunos jueces de la Corte IDH han sostenido que se trata de normas de *ius cogens*, esto es, normas imperativas de cumplimiento obligado que producen efecto *erga omnes*.

De este modo, el derecho de acceso a la justicia impone a los estados la obligación de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a la justicia, especialmente aquéllos originados en la posición económica de las personas. Este estándar exige la provisión de mecanismos de asistencia jurídica gratuita para los más pobres, la revisión de los costos de los procesos y la localización de los tribunales.

En nuestro país los mecanismos de asistencia jurídica contemplados por el legislador –corporaciones de asistencia judicial, abogados de turno y privilegio de pobreza– por razones técnicas, operativas y de financiamiento no permiten dar pleno cumplimiento a las normas internacionales y constitucionales. En efecto, las corporaciones de asistencia judicial presentan problemas de profesionalización, cobertura, financiamiento y gestión de sus servicios, lo que redundará en la continuidad y calidad de las prestaciones que entregan. La figura del abogado de turno, a parte del problema de constitucionalidad que se avecina, presenta deficiencias en su operatoria práctica y en los incentivos que contempla para su cumplimiento por parte de los abogados. Finalmente, el privilegio de pobreza o beneficio de litigar sin costos plantea problemas de diseño legal y de aplicación práctica.

Todo ello evidencia debilidades estructurales de un sistema de asistencia jurídica que parece operar más bien como una mera superposición de instituciones, algunas de las cuales se arrastran desde la etapa colonial, sin haber merecido la debida atención de las autoridades. A lo anterior ha de sumarse la irrupción de la figura de la Defensa Penal Pública que, aunque aumenta los niveles de acceso a la justicia para sectores desaventajados, genera importantes desigualdades en la cobertura y calidad de los servicios de asistencia jurídica gratuita, a nuestro juicio, muy difíciles de justificar.

# EL DERECHO A LA SALUD EN EL PLAN AUGE

---

*“La aprobación del AUGE es una excelente noticia para que Chile entre a la vanguardia del mundo, ya que todos los chilenos tendrán garantizado un plan de salud en el cual no habrá discriminación económica ni de ubicación geográfica, cultural ni racial”<sup>1</sup>*

## ABSTRACT

El derecho a la protección de la salud es un derecho subjetivo fundamental reconocido por la Constitución Política de la República de Chile y por una serie de tratados internacionales ratificados por Chile y plenamente vigentes. En cuanto derecho fundamental, importa el cumplimiento por parte del Estado de una serie de obligaciones negativas y positivas tendientes a garantizar, en la práctica, su pleno goce y ejercicio. En particular, el derecho a la protección de la salud exige la satisfacción de niveles mínimos o esenciales de prestaciones médicas y una obligación de no discriminar al momento de su aplicación. El presente capítulo analiza algunos de los aspectos más críticos de lo que ha sido el funcionamiento de la reforma a la salud AUGE por los operadores sanitarios. En particular, esta sección del *Informe...* presta atención al modo en que la implementación práctica del plan AUGE –desde las Guías Clínicas a la insuficiente cantidad y calidad de personal médico– vuelve inefectivo el acceso real a ciertas prestaciones anunciadas por la autoridad. Del mismo modo, el capítulo se detiene en algunas consecuencias negativas del plan que afectan específicamente a las mujeres, concluyéndose que el Estado de Chile no sólo incumple con sus obligaciones generales de respeto y garantía del derecho a la salud de las mujeres sino que incurre, además, en prácticas discriminatorias incompatibles con sus obligaciones internacionales.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la salud, garantías explícitas en salud, acceso efectivo a la salud, disponibilidad médica, discriminación contra la mujer.

---

<sup>1</sup> SUPERINTENDENTE DE SALUD, MANUEL INOSTROZA, “Isapres ponen fin a planes sin útero”, *La Nación*, Santiago, 12 de mayo de 2004.

## I. INTRODUCCIÓN

Los niveles de bienestar y las oportunidades que tengamos para desarrollarnos en la vida y para ser felices están supeditados, en buena parte, por el tipo de acceso que tengamos a un cuidado sanitario adecuado. El llamado “derecho a la protección de la salud” resulta crucial para garantizar que cada miembro de la sociedad pueda, como dispone la Constitución, alcanzar su máximo potencial dentro de un Estado comprometido a “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”<sup>2</sup>. Si bien el texto constitucional contempla el derecho humano a la asistencia sanitaria en su artículo 19 N° 9<sup>3</sup>, se ha entendido que no se trata del reconocimiento de un derecho subjetivo exigible directamente, sino, más bien, de una *norma programática* orientadora de la acción del Estado y de los operadores jurídicos, sin eficacia directa al no establecer un “verdadero derecho” ni mecanismos de tutela jurídica<sup>4</sup>. Para la mayor parte de la doctrina nacional se trataría, entonces, de un fin al que el Estado debiera propender en la medida que sus posibilidades económicas se lo permitan<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 1°.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas”: N° 9° “El derecho a la protección de la salud”-

“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

<sup>4</sup> El recurso de protección, según dispone el artículo 20 de la Constitución, sólo garantiza el inciso final del artículo 19 N° 9, esto es, lo relativo a la libre elección del sistema de salud.

<sup>5</sup> Mario Verdugo y Emilio Pfeffer destacan las profundas modificaciones que tuvo el texto original propuesto por la Comisión de Estudio de la Constitución en el Consejo de Estado y en la Junta de Gobierno donde ya no se reconoce –como pretendía el texto de la Comisión– el derecho a la protección de la salud y que “todo el quehacer en salud del sector privado debe ser subsidiario a la responsabilidad del Estado” sino que, por el contrario, se da una mayor presencia al principio de subsidiariedad y el Estado ya no “garantiza” el derecho sino que únicamente “protege” el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud, dejándosele un simple papel supervisor. Mario VERDUGO, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, tomo 1, pp.



El modo en que el constituyente del año ochenta quiso concebir el derecho a la protección de la salud –no como un derecho de prestación, sino sólo como derecho negativo que contempla la *libertad* de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud– ha colocado a Chile en los peores lugares del mundo en los *ranking* de desarrollo humano. Según el *Informe sobre la salud en el mundo* del año 2000 de la OMS, nuestro país padece serios problemas de discriminación y equidad debido a sus altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad, estrechamente relacionadas con los niveles de instrucción, ingreso y ocupación de las personas<sup>6</sup>.

Como se analizó en detalle en el *Informe de derechos humanos 2005. (Hechos 2004)*, la reforma AUGE introdujo mecanismos que pretendían asegurar una cobertura mínima de asistencia sanitaria. Las GES –según lo anunciaba el gobierno en los proyectos de ley que dieron vida a la reforma– transformarían en derechos exigibles, tanto para el sistema público como para el privado, las garantías de *acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera* de las prestaciones asociadas a las patologías que son decretadas como cubiertas (son cincuenta y seis las enfermedades AUGE y se pretende llegar a ochenta en el año 2010). Junto con ello, la reforma incorporó modificaciones institucionales que aumentarían la eficiencia, transparencia y responsabilidad de los prestadores. La ley AUGE, entonces, parecía ser el mecanismo por el cual el Estado de Chile pretendía responder a las deudas sociales sanitarias denunciadas por la OMS, garantizando un mínimo vital o *mínimo sanitario decente* que daría contenido al derecho a la protección de la salud contemplado en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de la legislación nacional.

## II. LAS EXCLUSIONES DE LA REFORMA A LA SALUD AUGE

Las obligaciones internacionales de Chile en el ámbito de la protección de la salud derivan de instrumentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que:

---

201-204. En el mismo sentido véase José Luis CEA, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, tomo II, pp. 300-311.

<sup>6</sup> OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2000*, en [www.oms.org](http://www.oms.org)

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”<sup>7</sup>.

Por su parte, el PIDESC establece que:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán (...) c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”<sup>8</sup>.

Para la OMS: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...” de modo que la responsabilidad de los gobiernos en la salud de sus pueblos sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas capaces de garantizar “el disfrute del más alto nivel de salud física y mental”<sup>9</sup>.

En este contexto, la reforma a la salud iniciada con la ley AUGE pretendió exigir a FONASA y a las ISAPRES planes de salud contruidos sobre la base de ciertas prioridades sanitarias –las cincuenta y seis enfermedades mencionadas– con las siguientes garantías explícitas:

- a) Garantía de acceso, conforme a la cual todos los individuos deberán recibir atención y ser parte de una red de salud *en su lugar de residencia*;

<sup>7</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25.1, en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>8</sup> PIDESC, artículo 12.1. El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972. Sólo entró en vigencia en nuestro país el 27 de mayo de 1989.

<sup>9</sup> Preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud de 1946, suscrito por Chile en 1948.

- b) Garantía de oportunidad, según la cual habrá un límite máximo de tiempo preestablecido para asegurar tanto la primera atención de las personas como la atención posdiagnóstico;
- c) Garantía de calidad, que asegura que las prestaciones seguirán patrones de exigencia técnica preestablecidos y construidos a partir de pruebas de evidencia médica, y
- d) Garantía de cobertura financiera, en virtud de la cual el pago de las prestaciones no será un obstáculo para recibir los servicios asociados al sistema AUGE y sus cincuenta y seis patologías iniciales. Además, dispone financiamiento fiscal para la atención de salud de los carentes de ingresos o indigentes y establece la obligatoriedad de cotizar para salud de los trabajadores independientes.

El sistema GES pretendía ser un elemento fundamental para mejorar la equidad en el acceso y en el financiamiento. En efecto, las cincuenta y seis patologías garantizadas apuntan al 60% de la carga de enfermedad de los chilenos, además de asegurar coberturas apropiadas para problemas de salud que suponen importantes gastos para las personas lo que, entre otros factores, determina de forma negativa los índices de movilidad y vulnerabilidad de la población<sup>10</sup>. La estructura GES

“apunta eficazmente a la reducción de las barreras financieras que implicaban pagos de bolsillo insalvables para ciertos grupos de población frente a problemas verdaderamente críticos. También apunta a estandarizar de algún modo la calidad técnica, bajo formatos de protocolo establecidos”<sup>11</sup>.

Con todo, la implementación del sistema GES posee serios problemas, pues se incorporaron técnicas de racionamiento sanitario derivados de análisis costo-beneficio propios de la economía de la salud sin, a la vez, incluir criterios de equidad que pudiesen –como ocurre en el Derecho Comparado– paliar la injusticia inherente de sus resultados.

En efecto, la revisión de las Guías Clínicas de cada una de las patologías AUGE evidencia la utilización de mecanismos de racio-

---

<sup>10</sup> Dante CONTRERAS, Ryan COOPER, Jorge HERMANN y Christopher NIELSON, *Movilidad y vulnerabilidad en Chile*, Santiago, Corporación Expansiva, Serie en Foco, N° 56, 2005.

<sup>11</sup> Marcos VERGARA, *Reforma del sector de la salud en Chile: avances y problemas en la implementación*, Santiago, Corporación Expansiva, Serie en Foco, N° 112, 2007, p. 13.

namiento sanitario que contrarían directamente los objetivos autoimpuestos por la autoridad de garantizar “a toda la población” un mínimo sanitario decente con determinados requisitos de acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera. La ley AUGE, N° 19.966 (promulgada el 25 de agosto de 2004), estableció un régimen de garantías en salud que pretendía asegurar que:

“*toda persona* residente en el territorio nacional, independientemente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé *acceso universal* a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad”<sup>12</sup>.

Sin embargo, ello resulta imposible si se admiten, como criterios de exclusión, elementos como la edad del paciente o su lugar de residencia en prácticamente todas las Guías Clínicas AUGE, que son las que especifican las condiciones y requisitos para ser beneficiario del sistema.

*a) Guías Clínicas y acceso efectivo a prestaciones de salud:  
el caso de la artrosis y la epilepsia*

Para comprender lo anterior es necesario recalcar que cada vez que una patología es incorporada como GES en el “Listado de Prestaciones Específico” del AUGE por vía del DS correspondiente, se acompaña, a su vez, una *guía clínica*, que es la encargada de describir, en detalle, el tipo de prestación a la que ella da derecho. Dicho de otra manera, son las Guías Clínicas las que determinan con exactitud qué es lo que realmente incluye la correspondiente garantía AUGE. Así, a modo de ejemplo, la Guía Clínica para la *artrosis de cadera* *EXCLUYE* a las personas menores de sesenta y cinco años sobre la base de cálculos económicos que, sin que medie una justificación epidemiológica objetiva, deja sin atención médica a un importante sector de la población. En efecto, las razones que la autoridad sanitaria entrega para restringir la cobertura del tratamiento para la artrosis de cadera no son de índole *epidemiológica*, sino que la restricción tiene sólo un fundamento *económico* que implica que parte de la población –la propia Guía Clínica reconoce, citando datos de la Organización Panameri-

---

<sup>12</sup> Mensaje presidencial N° 1-347 del proyecto de ley que establece un régimen de garantías en salud de 22 de mayo de 2002. *Boletín* 2947-11. Lo destacado es nuestro.

cana de la Salud, que el 40% de las personas mayores de sesenta años también padecen de artralgias<sup>13</sup>– quede en el AUGE sin atención.

Por su parte, el tratamiento contra la *epilepsia* exceptúa a las personas mayores de quince años sobre la base de un cálculo costo-beneficio que reconoce incluir sólo al 70% de los niños con epilepsia<sup>14</sup>. Ello contradice la propia ley AUGE que, en su artículo 2º, garantiza que sólo “variables *objetivas* pertinentes”<sup>15</sup> pueden permitir justificar la exclusión de algunas personas como beneficiarios de las GES. De igual modo, se violan las garantías de acceso –sin discriminación– y oportunidad, aseguradas por la misma ley. Si bien no existe una definición de “variables objetivas” dada por el propio legislador, creemos que bajo este término se entiende variables ‘epidemiológicas’, es decir, razones ‘médicas’ que justifiquen por qué toda la población que requiere el servicio no es atendida (esto es, se tiene que probar que, por ejemplo, quienes son excluidos lo son porque no pueden ser beneficiarios del tratamiento en cuestión, pues esa enfermedad no los afecta).

Al igual como ocurre con la “edad”, muchas de las GES aplican técnicas de racionamiento relacionados con el “lugar de residencia”. Así, por ejemplo, según la Guía Clínica contra el *cáncer de testículos* –que también, por cierto, tiene restricciones de edad– sólo se puede garantizar tratamiento a menos del 30% de la población. Lo anterior, debido a que en Chile existen sólo dieciocho centros PANDA –centros de cáncer del adulto– que se ubican en los establecimientos de mayor complejidad de la red (incluso, hay tres regiones –III, VI y XI– que no poseen ni siquiera uno de dichos centros)<sup>16</sup>. De igual forma, y debido a que sólo se cuenta con una cobertura nacional de especialistas neurólogos equivalente a un 26% de los servicios de salud del país (concentrados en su mayoría en la RM) el tratamiento contra la *epilepsia* es inaccesible para la mayoría de la población chilena.

---

<sup>13</sup> MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica “Endoprótesis total de Cadera en personas de 65 años y más. Con artrosis de cadera con limitación funcional severa”*, Santiago, 2005.

<sup>14</sup> MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica “Epilepsia no refractaria en personas desde 1 año y menores de 15 años de edad”*, Santiago, 2005.

<sup>15</sup> Ley N° 19.966. Artículo 14: “Considerando los estudios señalados en el artículo precedente, y la experiencia y la evidencia científica nacional y extranjera, se confeccionará un listado de enfermedades y sus prestaciones asociadas, debiendo descartarse de éstas todas aquellas para las cuales no haya fundamentos de que significan un beneficio para la sobrevida o la calidad de vida de los afectados”.

<sup>16</sup> MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica, “Cáncer de testículo en personas de 15 años y más”*, Santiago, 2005.

Esto se debe a que sólo puede autorizar el ingreso al plan AUGE por padecer de epilepsia, un especialista neurólogo de la red pública<sup>17</sup>.

Lo anterior, vulnera la propia garantía explícita de *ACCESO*, conforme a la cual “todos los individuos deberán recibir atención y ser parte de una red de salud *en su lugar de residencia*”<sup>18</sup>.

El PIDESC prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo. Los Estados están obligados a proteger a los miembros vulnerables de la sociedad asegurándoles, en cuanto al derecho a la protección de la salud, la *igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud*. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes impidiendo toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a cuidado sanitario.

Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Si bien no toda diferenciación de trato constituye una discriminación –no lo es “si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”<sup>19</sup>– sí es un trato discriminatorio aquél sustentado únicamente en análisis de costo y eficiencia que, sin que medien razones epidemiológicas, dejan a buena parte de la ciudadanía sin atención médica.

Una exclusión sustentada sólo en virtud de la edad del paciente o su lugar de residencia –sin que existan motivos técnico-científicos para ello– no es ni razonable ni objetiva, además de resultar paradójica pues uno de los principales fundamentos declarados para el establecimiento de las GES –tanto en el sistema público como en el privado de las ISAPRES– fue, precisamente, garantizar el acceso a prestaciones de salud *sin discriminación*.

*b) Disponibilidad de personal médico  
y acceso efectivo a las prestaciones de salud*

Estas exclusiones sin justificación epidemiológica objetiva parecen constituir una suerte de “puerta de entrada” al acceso efectivo de la

<sup>17</sup> MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica “Epilepsia en el adulto”*, Santiago, 2008.

<sup>18</sup> Mensaje presidencial (n. 12).

<sup>19</sup> COMITÉ DESC, Observación general N° 14, párrafo 13, p. 4, en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

de la población al cuidado sanitario. En Chile, es posible advertir una enorme escasez de médicos, tanto generales como especialista. Así, según un estudio realizado por la Universidad de Chile y la División de Gestión y Desarrollo de las Personas del Ministerio de Salud en el año 2007, el sistema público de salud poseería *menos de un médico (0,84) por cada mil habitantes*, cuando la media elaborada por la OMS para América es de 1,98 médicos por cada mil personas, mientras que países como España y Alemania cuentan con tres médicos por cada mil habitantes<sup>20</sup>. A su vez, en el estudio *Estadísticas sanitarias mundiales 2007* de la OMS, se confirma que en Sudamérica Chile sólo supera a Brasil en la baja tasa de médicos por cada mil personas lo que, por cierto, sólo logra si se suma a los médicos del sector público los que trabajan en el sector privado, alcanzándose una tasa de 1,09 médicos, mientras que Brasil tendría sólo 0,93 médicos por cada mil habitantes<sup>21</sup>.

Vale la pena recordar que, según dispone el Comité de DESC, el derecho a la protección de la salud debe cumplir con ciertos estándares de *calidad*, lo que significa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo que requiere, entre otras cosas, “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”<sup>22</sup>. En este sentido, resulta llamativo que, a pesar de que la reforma del AUGE implicaba aumentar al máximo las exigencias al sistema de salud, la autoridad no haya modificado una política sanitaria clave: la que dispone que los hospitales públicos funcionan solamente *media jornada*, en las mañanas, para permitir que los médicos puedan trabajar en las tardes en el sistema privado. Esta práctica podría tener un impacto directo en la capacidad efectiva del sistema público de salud para responder a las demandas derivadas del plan AUGE. Como señala el diputado Enrique Accorsi (PPD),

“no hay ningún país del mundo en que los hospitales públicos funcionen media jornada, así como no hay ningún orga-

---

<sup>20</sup> “Sistema público de salud posee menos de un médico por cada mil habitantes”, en *El Mercurio*, Santiago, 30 de julio de 2007.

<sup>21</sup> Los líderes de la región serían Uruguay, con 3,63 médicos, y Argentina, con 3,01 médicos por cada mil personas. OMS, *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2007*, Washington, 2007.

<sup>22</sup> *Ibid.*

nismo público que funcione media jornada. Aquí no valen las reformas”<sup>23</sup>.

Un informe de la consultora Altura Management, que se construyó con datos aportados por el 50% de los servicios de salud del país –los que atienden al 40% de la población adscrita al sistema público– y que analizó catorce de las enfermedades más demandadas del AUGE, reveló un notable aumento en los tiempos de espera en cirugías que están dentro y fuera del plan. Por ejemplo, para intervenciones AUGE por cáncer al testículo la espera es de hasta *trescientos setenta y nueve días*, pese a que el tiempo garantizado es de *noventa*; lo mismo sucede con la esquizofrenia, que supera en *trescientos veintisiete días* la garantía de atención, originalmente de *veinte días*. Más grave es la situación de aquellas personas excluidas del AUGE por razones de edad, pues, según el estudio, la lista de espera para la operación a la vesícula (colecistomía), cuando las personas no cumplen el requisito de estar entre los treinta y cinco y cuarenta y nueve años de edad, ha aumentado de *cuarenta y cuatro* semanas a *ochenta*, mientras que aquéllos considerados “beneficiarios” AUGE sólo deben esperar *diez* semanas, lo que es una clara e injustificada discriminación<sup>24</sup>.

La gravedad de estas demoras está siendo objeto de una fiscalización por parte de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, la que se estaría efectuando a los quince recintos hospitalarios con mayores problemas en el ámbito nacional. En ella se ha constatado que en el hospital Hernán Henríquez Aravena, de Temuco, la lista de espera sólo para intervenciones quirúrgicas asciende a *ocho mil pacientes*, la más larga del país. Junto con ello, se ha demostrado la carencia de especialistas, de técnicos y las enormes falencias en la infraestructura. Fernando Barrientos, presidente del Colegio Médico de Temuco, señaló que:

“Aquí hay 25 camas por cada 10 mil habitantes. En camas UCI el promedio es de 3,4, mientras que en Alemania son 25; por

<sup>23</sup> Diputado Enrique ACCORSI, “No hay ningún país del mundo, salvo Chile, donde los hospitales públicos funcionen media jornada”. Entrevista publicada en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional, 24 de abril 2008. <http://www.bcn.cl/entrevistas/entrevistasweb.2008-04-24.0470468139>.

<sup>24</sup> “Informe de consultora fue presentado a comisión que investiga cumplimiento de las garantías del plan. AUGE con esperas de hasta un año”, en *La Nación*, Santiago, 11 de diciembre de 2007; “Diputados denuncian 11 mil nuevos casos de incumplimientos en el plan AUGE”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de septiembre de 2007; “Salud reconoce que atrasos en el AUGE son del 7% y no del 1%”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de septiembre de 2007.



tanto, requerimos urgentemente de una inyección de recursos, dado que esto no da para más”<sup>25</sup>.

En tanto, Patricio Smith, médico cirujano del servicio de urgencia, pidió a los parlamentarios visitar los hospitales sin previo aviso, pues le extrañó la poca presencia de pacientes que había a la hora de la inspección.

“Es probable que no se hayan realizado las derivaciones desde los hospitales periféricos a Temuco. En una mañana yo atiendo cerca de 50 personas, mientras que hoy sólo pasaron 15 personas por los boxes de atención”<sup>26</sup>.

A su vez, de la visita del hospital de Victoria se concluyó que *nueve mil personas* esperan por consultas de especialidades e intervenciones quirúrgicas. En el recinto carecen de médicos y paramédicos para atender una población de cien mil personas.

Según la comisión, hay unas *ciento veinte mil personas en listas de espera en el país*, de las cuales el 50% son patologías AUGE. Por su parte, los consultorios tienen una carencia de 50% de horas profesionales<sup>27</sup>.

El Comité DESC ha sostenido que los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud implican, al menos, la garantía de “disponibilidad” –esto es, número suficientes de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud– y “accesibilidad”, es decir, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, *sin discriminación alguna*, dentro de la jurisdicción del Estado-parte. Para el Comité, es necesario aplicar medidas destinadas a eliminar la discriminación relacionada con la salud, aun cuando existan situaciones de limitaciones graves de recursos. La noción de accesibilidad supone accesibilidad tanto física, económica y de información. La primera exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance geográfico de *todos los sectores de la población*, en especial los grupos más vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones

---

<sup>25</sup> “Hospital de Temuco: 8 mil pacientes esperan intervención quirúrgica”, en *El Mercurio*, Santiago, 28 de mayo de 2008.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

indígenas, las mujeres etc.<sup>28</sup>, todo lo cual, según se ha revisado, se incumple permanentemente con la reforma a la salud del AUGE.

### III. DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO EN EL AUGE

Según la OMS, el primer objetivo de los sistemas de salud es estrechar las brechas de *equidad sanitaria*. La relación entre pobreza y mala salud es destacada permanentemente por diversos estudios que demuestran que las personas que viven en la pobreza reciben menos de la parte proporcional que les corresponde de los fondos públicos para la salud en comparación con las clases acomodadas<sup>29</sup>. El fracaso básico que supone la pobreza, sostiene Amartya Sen, está en mantener “capacidades inadecuadas” al entregar igual cantidad de bienes a todas las personas, sean cuales sean sus necesidades. Por ello, dar los mismos recursos a un hombre y a una mujer no es justo, pues sus características biológicas y los factores sociales asociados al embarazo, a los cuidados de los recién nacidos, a la distribución convencional de los papeles en la familia etc. colocan a la mujer en evidente desventaja<sup>30</sup>.

Para la OMS la equidad de género en el ámbito del cuidado sanitario debe entenderse como la eliminación de aquellas disparidades innecesarias, evitables e injustas entre mujeres y hombres que se asocian con desventajas sistemáticas en el contexto socioeconómico. La equidad de género en el estado de salud implica el logro de niveles comparables de bienestar físico y psicológico entre hombres y mujeres, lo cual no significa tasas iguales de mortalidad o morbilidad para ambos sexos, sino que se refiere, más bien, a la “eliminación de diferencias evitables entre hombres y mujeres en cuanto a sus oportunidades de obtener y mantener la salud, y a las probabilidades de enfermar, sufrir discapacidad o morir prematuramente por causas prevenibles”<sup>31</sup>. En este contexto es importante resaltar que la ventaja de supervivencia que usualmente poseen las mujeres no equivale necesariamente a una mejor salud, pues, por el contrario, las observaciones empíricas indican que ellas tienden a experimentar mayor

---

<sup>28</sup> COMITÉ DESC (n. 19), p. 4.

<sup>29</sup> OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2003*, en [www.oms.org](http://www.oms.org), pp. 136-137.

<sup>30</sup> Amartya SEN, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 2000, p. 45.

<sup>31</sup> OPS/OMS, *Unidad de género, etnia y salud*, “Indicadores básicos para el análisis de la equidad de género en salud”, Washington, D.C., OPS/PALTEX, 2004. p. 15.

morbilidad que los hombres a lo largo del ciclo vital, lo que se expresa en incidencias más altas de trastornos agudos, una mayor prevalencia de enfermedades crónicas no mortales, y niveles más altos de discapacidad en el corto y largo plazo<sup>32</sup>. A esto hay que agregar que la pobreza afecta desproporcionadamente a la salud y sobrevivencia de las mujeres<sup>33</sup>.

La equidad de género, en lo que se refiere a la atención de la salud, presupone, a lo menos, tres cosas:

- a) que los recursos se asignen de acuerdo con las necesidades específicas de hombres y mujeres;
- b) que los servicios se reciban según las necesidades particulares de cada sexo; y
- c) que el financiamiento y pago de los servicios se ajusten a la capacidad económica y no a los riesgos propios de cada sexo o a sus necesidades.

Ahora, el principio de equidad financiera se viola fuertemente en los sistemas de financiamiento no solidario, como el chileno, debido a las necesidades impuestas por la función reproductiva de la mujer y por su mayor morbilidad, lo que se agudiza si tenemos en cuenta la menor capacidad económica que posean, como grupo, en todos los países<sup>34</sup>.

Según el último informe del Foro Económico Mundial “Informe mundial de brecha entre géneros”, Chile se ubica en el puesto 78 en-

---

<sup>32</sup> La pobreza conlleva un riesgo de muerte prematura que es de cuatro a doce veces mayor entre las mujeres. Elsa GÓMEZ GÓMEZ, “Equidad, género y salud: retos para la acción”, en *Revista Panamericana de Salud Pública/Pan American Journal of Public Health*, vol. 11 N° 5/6, 2002, p. 456.

<sup>33</sup> Onora O’Neill destaca la realidad de las mujeres pobres insertas en economías pobres, pues ellas conviven con las peores condiciones sociales del mundo. Son, en primer lugar, seres que dependen de otros, pero carecen de la supuesta seguridad de la dependencia. Son, además, indigentes, aunque de manera usual actúan como proveedoras. Finalmente, carecen de poder, pero deben asumir la protección de otros seres aun más vulnerables. Se encuentran relegadas y subordinadas a una esfera doméstica donde su existencia separada y distintiva es legitimada no por razones de justicia, sino que por una estrecha visión de la vida familiar y el honor. Se encuentran, también, con que la esfera doméstica está inserta en una economía que está subordinada a distantes economías ricas. No sólo crían hijos en la pobreza sino que, además, se encargan de las cosechas y asumen los trabajos peor pagados y más inseguros cuyos beneficios se alojan en el corazón de distantes fuerzas económicas. Onora O’NEILL, “Justice, Gender and International Boundaries”, in Amartya SEN y Martha NUSSBAUM (eds.), *The Quality of life*, Oxford, Oxford University Press. 1993, pp. 303-323.

<sup>34</sup> Elsa GÓMEZ GÓMEZ, “Género, equidad y acceso a los servicios de salud: una aproximación empírica”, en *Revista Panamericana de Salud Pública/Pan American Journal of Public Health*, vol. 11 N° 5/6, 2002, p. 332.

tre ciento cincuenta y cinco países en un estudio que incluye datos sobre oportunidades económicas, nivel educacional, salud y esperanza de vida de la mujer, por lo que en Latinoamérica sólo superamos a Ecuador y Bolivia<sup>35</sup>. Lo anterior, se debería no sólo a que se trata de mujeres sino, también, a su pobreza. En efecto, entre los quintiles de menores ingresos –donde las mujeres vuelven a ser mayoría– los porcentajes de satisfacción de la salud bajan. En el caso de las mujeres pobres se produce una doble vulnerabilidad y una precaria satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales. El bajo estatus sanitario de las mujeres y su baja educación genera diferencias enormes entre los índices de mortalidad infantil entre las de los primeros y de los últimos quintiles de ingreso<sup>36</sup>. De igual forma, la injusta división de roles que las sobrecargan de trabajo hace que un gran porcentaje de los usuarios de la garantía AUGE por problemas de depresión sean mujeres<sup>37</sup>.

El plan AUGE pretendió, según se desprende de los proyectos de ley que le dieron origen y del discurso de la autoridad, eliminar las diferencias e inequidades de género que existen tanto en el sistema público de salud como en el privado. En el primer caso, el AUGE proyectó considerar como prioritarias las necesidades sanitarias de las mujeres, dando cobertura como GES a aquellas patologías que las afectan especialmente. Con todo, según veremos, este objetivo parece no haberse alcanzado. En efecto, en el proceso de especificación de las garantías AUGE, las medidas de racionamiento sanitario fundadas en razones de eficiencia –y no, como promueve la OPS, en razones de necesidad sanitaria<sup>38</sup>– nuevamente han significado un perjuicio para las mujeres. Así, y a modo de ejemplo, si se revisan las Guías Clínicas GES, llama especialmente la atención el tratamiento de enfermedades mortales como los cánceres, entre los distintos sexos. Si bien los hombres de todas las edades están cubiertos frente al *cáncer de próstata*, en el caso del *cáncer de vesícula biliar* –que es la principal causa de muerte por cáncer en las mujeres y la segunda

---

<sup>35</sup> “Chile, entre los peores en igualdad de géneros”, en *El Mercurio*, Santiago, 22 de noviembre de 2005.

<sup>36</sup> Liliana JADUE e Iris DELGADO, *Los objetivos sanitarios para la equidad en Salud*, Santiago, Corporación Expansiva, Serie en Foco, N° 105, 2007, p. 3 y ss.

<sup>37</sup> El plan AUGE incorporó como garantía de acceso y de oportunidad el diagnóstico y tratamiento de la depresión para las mujeres de entre veinte y cuarenta y cuatro años. (Nótese, nuevamente, la injustificada restricción del recurso por razones de edad).

<sup>38</sup> OPS/OMS, “Género, equidad y reforma de la salud en Chile”, en *Serie Género y Reforma de Salud*, N° 1, Santiago, noviembre 2002.

causa de hospitalización en este mismo grupo poblacional– existen límites de edad muy restringidos.

A continuación, se revisarán otros casos de discriminación contra la mujer implementados y avalados por el AUGE, tanto en el sistema de salud público como en el privado.

*a) El “derecho” al parto sin dolor:  
una garantía sólo en el papel*

En mayo de 2007 la autoridad anunció que “todas las mujeres que así lo requieran tendrán derecho a anestesia y otros tratamientos para reducir el dolor en el parto a partir del 1º de julio”<sup>39</sup>. Con todo, lo que parecía ser una gran noticia, resultó una garantía sin contenido, una GES para unas pocas mujeres que, por distintas circunstancias, pueden hacer uso de este “derecho”. El anexo del DS N° 44 de enero de 2007, que incorpora esta patología, dispone lo siguiente:

“La prestación de salud Analgesia del Parto, será otorgada a toda mujer que una vez informada del procedimiento indicado por médico tratante, acepte el manejo de dolor mediante apoyo farmacológico durante el trabajo de parto o en el parto vaginal. Para efecto de protección financiera, el valor de la prestación incluye el procedimiento médico de la administración de analgesia; los medicamentos, insumos y material utilizados en la aplicación del procedimiento; la mantención de vías permeables y sueros respectivos; los controles efectuados por médico, matrona y personal paramédico; la atención de complicaciones. En los casos de aplicación de técnica de analgesia con epidural continua, se entenderá que la prestación incluye todas las nuevas dosificaciones que sean necesarias para mantener el efecto del manejo de dolor”<sup>40</sup>.

Para cumplir con los requisitos técnicos que exige esta GES no existen, en la mayoría de las ciudades del país, los recursos físicos y humanos necesarios, cuestión que, por lo demás, era de conocimiento de las autoridades sanitarias al momento de ‘prometer’ la incorporación de la analgesia en el parto, según se desprende de la lectura de

---

<sup>39</sup> “Parto sin dolor y artrosis ingresan al AUGE”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de mayo de 2007.

<sup>40</sup> MINISTERIO DE SALUD, anexo del DS N° 44 de enero de 2007.

la Guía Clínica respectiva, que especifica las condiciones en las que las mujeres que lo solicitaran podrían acceder a los métodos farmacológicos requeridos. Así, la *Guía sobre analgesia en el parto* dispone que los tres tipos de analgesia que existen –regional (neuraxial/bloqueos periféricos/local o infiltración), inhalatoria y sistémica (intravenosa o intramuscular)– *sólo serán accesibles en la medida en que lo permitan “los recursos locales humanos y físicos”*<sup>41</sup>. Esto significa que lo que la GES garantiza no es más que el apoyo farmacológico según las posibilidades locales del servicio público respectivo. Luego, “la elección de la técnica analgésica dependerá de la condición de la parturienta y del progreso del trabajo de parto, además de los recursos humanos y físicos disponibles en el centro asistencial”<sup>42</sup>.

No son iguales, por cierto, los tres sistemas de analgesia “ofrecidos” por FONASA. Según la Guía Clínica, las dos últimas técnicas son poco recomendables ya que, en el caso de la *analgesia inhalatoria* –que implica la utilización de óxido nitroso– “éste no ejerce un efecto analgésico potente en el trabajo de parto activo”, es decir, no parece cumplir con el objetivo perseguido con la analgesia misma. Además,

“considerando el lento metabolismo de los opioides en el recién nacido, se han planteado posibles efectos no deseados, principalmente depresión respiratoria. Por esta razón, esta guía recomienda su uso sólo en situaciones excepcionales”<sup>43</sup>.

Por su parte, en el caso de la *analgesia sistémica intravenosa o intramuscular* –que involucra la utilización de analgésicos opioides como la meperidina– la Guía señala que “la experiencia es limitada y sus efectos y eficiencia son discretos”, además de poseer importantes efectos secundarios<sup>44</sup>. De este modo, es el primer método –el sistema regional– el más recomendado y efectivo, pues en los últimos veinte años

“se ha transformado en la mejor alternativa para el alivio del dolor en el trabajo de parto (...) reportándose su uso en el 60 a 70% de los nacimientos en los Estados Unidos. Entregan alivio del dolor, sin comprometer niveles de conciencia maternos y fetales”.

<sup>41</sup> MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica Analgesia del Parto*, Santiago, Minsal, 2007.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

Éste es el método que incorpora la anestesia epidural o peridural y que fue anunciado por la autoridad sanitaria al momento de incorporar las últimas GES.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, se trata de un procedimiento médico que requiere contar con determinados recursos humanos, físicos y equipamiento apropiado, tanto para su administración como para el tratamiento de sus complicaciones<sup>45</sup>. Dicho de otro modo, es *una garantía GES que sólo puede entregarse en aquellos hospitales públicos que cuenten con especialistas y que sean de alta complejidad, esto es, calificados por la literatura médica como hospitales tipo 1 o 2*. Un *hospital tipo 1* es el que se encuentra ubicado en ciudades con más de quinientos mil habitantes y que pose una atención cerrada con el mayor nivel de complejidad y con un centro de diagnóstico terapéutico adosado. Además, sus recursos humanos comprenden la casi totalidad de las especialidades y subespecialidades clínicas. En pocas palabras, son hospitales que poseen servicios de urgencia organizados, residencia interna diferenciada por servicio clínico y UTI. A su vez, un *hospital tipo 2* –ubicado en ciudades con más de cien mil habitantes–, tiene un servicio de urgencias diferenciado de la residencia interna, además de servicios clínicos diferenciados para especialidades básicas, unidades de tratamiento intermedio y, en casos justificados, UTI. Junto con ello, poseen especialistas médicos entre los que se incluyen anestesistas<sup>46</sup>.

Luego, la pregunta obligada es, ¿cuántos hospitales públicos en Chile son de los tipos 1 o 2? O, lo que es lo mismo, ¿en qué ciudades o localidades del país es posible, para los afiliados a FONASA, exigir la garantía GES de analgesia en el parto? Según los datos de la Superintendencia de Salud sobre prestadores de salud por Región, existen en Chile veintidós hospitales tipo 1 y treinta y siete tipo 2<sup>47</sup> distribuidos del modo establecido en la siguiente tabla:

<sup>45</sup> “La elección de una técnica neuraxial hace necesaria la existencia de recursos apropiados para el tratamiento de sus complicaciones (hipotensión, toxicidad sistémica por anestésicos locales, anestesia espinal total, depresión respiratoria, náuseas y vómitos, aspiración de contenido gástrico). Para esto es necesario que el lugar donde se administran cuente con oxígeno de uso médico y aspiración central, elementos para el manejo y control de la vía aérea, monitoreo materno y fetal”. MINISTERIO DE SALUD (n. 41).

<sup>46</sup> Rodrigo CASTRO, *Midiendo la eficiencia de los hospitales públicos en Chile*, Santiago, Corporación Expansiva, Serie en Foco N° 108, 2007, pp. 9-10.

<sup>47</sup> SUPERINTENDENCIA DE SALUD, *Catálogo de prestadores institucionales*, en [www.supersalud.cl](http://www.supersalud.cl)

REGIÓN	HOSPITAL TIPO 1	HOSPITAL TIPO 2
I	1	0
II	1	1
III	0	1
IV	0	3
V	2	6
VI	1	1
VII	2	1
VIII	4	4
IX	1	2
X	2	1
XI	0	1
XII	0	1
Metropolitana	6	15
XIV	1	0
XV	1	0

FUENTE: Tabla confeccionada por los investigadores sobre la base de la información proporcionada por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD (n. 47).

Como se puede apreciar, la cantidad de centros hospitalarios capaces de proporcionar la GES de analgesia en el parto es muy escasa, incluso en las ciudades de más de quinientos mil habitantes<sup>48</sup>. Esto, por cierto, resulta agravado por el hecho de que en aquellos hospitales públicos tipo 1 y 2 los especialistas necesarios para entregar dicha prestación poseen jornadas laborales tan extraordinariamente reducidas que las posibilidades de acceder a analgesia no sobrepasan el *30% de las pacientes*, según ha reconocido la propia autoridad. El

<sup>48</sup> Un caso aparte es el de la Isla de Pascua, que posee *un sólo hospital tipo 4*—o sea, una especie de posta rural— para atender las necesidades sanitarias de cuatro mil trescientos habitantes en extrema condición de aislamiento geográfico —a lo que hay que sumar una población flotante estimada entre las dos mil personas y las ocho mil personas—. Si bien desde 2006 se está anunciando la construcción de un nuevo hospital, ello aun no se concreta. Por cierto que el proyecto anunciado no va a solucionar los problemas de acceso a cuidado sanitario que posee la población, pues el futuro hospital, que estará ubicado en Hanga Roa, contará *con sólo dieciséis camas*, lo que significa que es un hospital de muy baja complejidad, por lo que las mujeres de Isla de Pascua no tiene ni tendrán en el futuro acceso ni a la GES de analgesia en el parto ni a personal calificado para atender sus necesidades sanitarias relacionadas con el embarazo. “Hospital de Isla de Pascua costará US\$ 13 millones”, en *Diario Financiero*, Santiago, 14 de marzo de 2008.



subsecretario de redes asistenciales del Ministerio de Salud, Ricardo Fábrega, sostuvo en su momento que la nueva garantía AUGE significaba en la práctica “que todas las mujeres que decidan atenderse con anestesia al momento de dar a luz, podrán hacerlo” agregando que “en el caso que la totalidad de las mujeres que se atienden en hospitales tipo 4, decidiera usar anestesia de tipo epidural (...) a lo más habría que trasladar a 7.700 mujeres al año a recintos de mayor complejidad”<sup>49</sup>. Sin embargo, esta solución no sólo es insuficiente por las razones recién mencionadas –falta de especialistas y turnos de medio día en dichos hospitales de mayor complejidad– sino que fue inmediatamente cuestionada por diputados de oposición puesto que, a su entender, ello significa que

“en vez de darle recursos a las regiones y potenciar los hospitales tres y cuatro, se les está quitando esta posibilidad cierta que tienen las madres de poder tener a sus hijos en hospitales que están ubicados *cerca de sus hogares*”<sup>50</sup>.

El diputado Marcelo Díaz, quien ha seguido de cerca este problema, solicitó a la Cámara de Diputados –en octubre de 2007– una explicación de la ministra de Salud y el director del Servicio de Salud de Coquimbo, por la falta de analgesia en los partos de los hospitales de Vicuña y Andacollo (tipo 4)<sup>51</sup>. En respuesta a dicho oficio, la Ministra señaló que *no se va a disponer* de la anestesia de tipo peridural en los hospitales de tipo 4 sino que, por el contrario, va a haber otro tipo de anestesia sustitutiva que es el óxido nitroso el cual, según vimos, es un analgésico poco recomendable por su baja efectividad y el peligro de depresión respiratoria que representa para el recién nacido<sup>52</sup>. Además reconoce abiertamente que, aun después de tres meses de entrada en vigencia de la respectiva GES, ni siquiera se han adquirido los insumos para cumplir con la misma, señalando:

<sup>49</sup> Colegio Médico, [www.colegiomedico.cl/Noticias/NoticiasdeSalud/Abrilde2007/tabid/496/Default.aspx](http://www.colegiomedico.cl/Noticias/NoticiasdeSalud/Abrilde2007/tabid/496/Default.aspx). Viernes 27 de abril de 2007.

<sup>50</sup> “Los diputados de la Unión Demócrata Independiente (UDI), Juan Lobos y Sergio Correa, denunciaron que en los hospitales tipo tres y cuatro –rurales y de ciudades pequeñas– hay falta de anestelistas, lo que implica que no se podrán atender partos de acuerdo al Auge”. “Polémica por anestesia en partos Auge”. *El Mercurio*, Santiago, 27 de abril de 2007.

<sup>51</sup> En entrevista realizada por los investigadores de este informe al diputado Marcelo Díaz, el 14 de abril de 2008, se nos entregó copia del oficio N° 4839 de 7 de agosto de 2007, enviado a la ministra de Salud Soledad Barría.

<sup>52</sup> MINISTERIO DE SALUD (n. 41).

“El Servicio de Salud comenzó un proceso de licitación, para la compra local de óxido nítrico, la que se encuentra actualmente en trámite (...). La capacitación a los profesionales para la administración de la analgesia inhalatoria, se concretará una vez que se cuente con los insumos”<sup>53</sup>.

Lo anterior quiere decir que las mujeres que viven en las localidades de Vicuña y Andacollo tendrán que esperar seguramente más de un año para poder acceder a algún tipo de anestesia en el parto. Aún más, según constató el diputado Marcelo Díaz, en los hospitales públicos tipo 2 –como el de La Serena y Coquimbo– “tampoco” se cuenta con la infraestructura suficiente para satisfacer toda la demanda de esas localidades pues los anestesiólogos tienen turnos de *sólo dos veces a la semana por medio día*, de modo que es posible sostener que aunque las pacientes sean trasladadas, tampoco van a encontrar la anestesia garantizada por el AUGE<sup>54</sup>.

La reforma, a diferencia de lo que se había prometido, no ha introducido cambios significativos en lo que dice relación con el modo en que se entregan los servicios de salud a las mujeres y la escasa prioridad que se da a sus necesidades especiales. Aún más, ha dejado en evidencia las peligrosas condiciones en las que ellas son atendidas en el sistema de salud público (FONASA). Una vez que se incorporó esta GES en el AUGE los médicos generales de zona, que trabajan en los hospitales de baja complejidad del país, anunciaron que ellos no administrarían anestesia en los partos por carecer de la experiencia para ello “cualquier médico no puede otorgar la anestesia”<sup>55</sup>. En lugares como Aysén, la situación genera tal inseguridad en las pacientes que prefieren trasladarse hasta Comodoro Rivadavia, en Argentina, para atenderse por un parto. Ello debido a que el hospital de Coyhaique, aun cuando es un hospital tipo 2, no tiene médicos especialistas –tales como obstetras o anestesiólogos– trabajando todo el día, de modo que los partos de urgencia son, en la actualidad,

---

<sup>53</sup> Respuesta al oficio N° 4839 de la ministra de Salud y del director del servicio de salud de Coquimbo, de fecha 19 de octubre de 2007, entregada por el diputado Marcelo Díaz a los investigadores del presente informe.

<sup>54</sup> “La falta de especialistas es un problema estructural de país, o sea, tenemos un problema general a nivel global, pero en particular en las regiones”. Entrevista realizada al diputado Marcelo Díaz por los investigadores de este informe, el 14 de abril de 2008.

<sup>55</sup> “Parto sin dolor y artrosis ingresan al Auge”, en *El Mercurio*, Santiago, 5 de mayo de 2007.

atendidos por el médico de turno<sup>56</sup>, con las gravísimas consecuencias que se generan para la salud de las mujeres y de sus bebés. En efecto, cualquier complicación en el parto puede significar la muerte tanto para la madre como para el bebé si no es manejada por un especialista obstetra capaz de realizar una cesárea de emergencia que, por lo demás, requiere de la asistencia de un anesthesiólogo.

Para revelar la falta de especialistas para atender partos en la atención primaria el Colegio Médico promovió paralizaciones en septiembre de 2007. Según esta entidad, en el hospital de Coyhaique las mujeres sólo se pueden atender en “horario de oficina”, es decir, de lunes a viernes, hasta las 17 hrs.<sup>57</sup>. De igual forma, según el presidente de la Asociación de Funcionarios Médicos del hospital San Borja Arriarán, Johnny Yáñez, es necesario revelar “a la opinión pública la pésima realidad que vive el Hospital San Borja Arriarán” debido a la falta de anesthesiólogos que existe en ese centro de salud público. “Actualmente trabajan 7 anesthesiólogos en el turno, cuando lo normal es que debieran ser 16”<sup>58</sup>. Ello ha provocado la gravísima situación que significa que *personal no calificado esté, en la actualidad, administrando anestesia*. En efecto, la Sociedad de Anesthesiología denunció que:

“auxiliares, camilleros y hasta personal de aseo han asumido la tarea de colocar anestesia en los hospitales públicos (...). Las cifras entregadas por el organismo avalan esta realidad: en un 50% de las intervenciones quirúrgicas que se realizan en el país, y donde se aplica anestesia, existe algún tipo de irregularidad”<sup>59</sup>.

Todo lo cual supone un directo incumplimiento de las obligaciones del Estado de entregar cuidado sanitario con un mínimo de *calidad y seguridad*.

La obligación de proporcionar un cuidado sanitario de calidad –como elemento que forma parte del contenido mínimo del derecho a la protección de la salud– tiene directa relación con la idoneidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud. La dimensión de

<sup>56</sup> “Aysén: Denuncian falta de obstetras en servicio público”, en *La Nación*, Santiago, 3 de septiembre de 2007.

<sup>57</sup> “Paralización en Aysén”, en *La Nación*, Santiago, 4 de septiembre de 2007.

<sup>58</sup> “Denuncian falta de anesthesiólogos en el Hospital San Borja”, en *La Segunda*, Santiago, 17 de enero de 2008.

<sup>59</sup> “Una polémica sin anestesia”, en *La Nación*, Santiago, 6 de septiembre de 2003.

calidad implica que, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo que requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado<sup>60</sup>. Para ello, el gobierno debiera haber aumentado la inversión sanitaria tanto en los hospitales públicos en regiones como de la capital *antes* de la entrada en vigencia del último decreto AUGE, si realmente se quería cumplir con la garantía mínima de tener anestesistas, médicos-obstetras o médicos-cirujanos especialistas para atender a las mujeres. Mientras tanto se estará ante una situación que no sólo es una garantía de papel sino, además, evidencia las graves deficiencias sanitarias que enfrentan las mujeres en el sistema de salud público (FONASA) quienes, ante la falta de especialistas, se ven obligadas permanentemente a aceptar ser atendidas por personal no calificado, haciendo peligrar gravemente su salud<sup>61</sup>.

Las situaciones descritas violan el principio de equidad en el ámbito de la satisfacción de las necesidades de salud que se entiende como: “El igual acceso frente a igual necesidad, igual utilización para igual necesidad e igual calidad de atención para todos”<sup>62</sup>. En la observación general N° 14 del Comité DESC, titulada “Salud y Discriminación”<sup>63</sup>, donde se analiza en particular el artículo 12 del PIDESC, se dispone que el derecho al cuidado sanitario “entraña libertades y derechos (...) entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de salud que brinde a las personas ‘oportunidades iguales’ para disfrutar

---

<sup>60</sup> COMITÉ DESC (n. 19), párr. 12 d.

<sup>61</sup> Todo lo anterior empeora al constatar que la falta de servicios para la mujer es una práctica que la autoridad sanitaria parece querer mantener en el tiempo. Así lo ha denunciado recientemente el Colegio Médico al señalar que el tristemente célebre hospital de Curepto, al contar con tan sólo doce camas de hospitalización y ser un recinto de baja complejidad “cuenta con capacidad para atender sólo un parto”. “Gobierno reabre hospital de Curepto a dos meses de montaje en inauguración”, en *La Tercera*, Santiago, 3 de mayo de 2008. De igual forma, aunque el cáncer de mamas también se encuentra incorporado en el AUGE, el diputado Marcelo Díaz señaló que hace muy poco tiempo el Hospital de Vicuña había vuelto a tener un mamógrafo. “Lo que pasó es que sí había uno, pero se echó a perder y su reposición tardó meses, y el reclamo era que se encuentra la prevención del cáncer de mamas en las GES, y no podía ejercerse este derecho, porque no existía un mamógrafo en condiciones óptimas de poder realizar los exámenes”. Entrevista realizada al diputado Marcelo Díaz por los investigadores de este informe, el 14 de abril de 2008.

<sup>62</sup> M. WHITEHEAD, “Los conceptos y principios de la equidad en salud”, en OMS/OPS, *Serie Reprints*, N° 9, Washington, DC, 1991.

<sup>63</sup> Véase [www.cetim.ch/es/documents/codesc-2000-4-esp.pdf](http://www.cetim.ch/es/documents/codesc-2000-4-esp.pdf)

del más alto nivel posible de salud”<sup>64</sup>. Como ha señalado el Comité, el derecho a la protección de la salud debe cumplir con ciertos estándares de *calidad* que garanticen que “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado” esté a disposición de las personas<sup>65</sup>. En la misma línea, al referirse a la exigencia de *accesibilidad* de tipo física sostiene que la atención sanitaria requerida debe estar lo más cerca posible de la localidad en la que vive quien la necesita, lo que implica, evidentemente, que la persona debe poder acceder a la atención de salud necesaria sin poner en riesgo para ello su integridad, como ocurre en Chile cada vez que una mujer requiere de urgencia una atención relacionada con el embarazo en el sistema de salud público (FONASA).

*b) Del los “planes sin útero” en las ISAPRES  
al Fondo de Compensación Inter-ISAPRE*

En Chile se mantiene vigente un sistema sanitario de tipo pluralista o mixto de consecuencias financieras fuertemente regresivas, pues las diferencias de atención entre quienes poseen y no poseen recursos todavía resulta enorme<sup>66</sup>. En contraste con lo que ocurre en otros países, el sistema de salud no se financia con impuestos generales (como recomienda la OMS para minimizar las desigualdades en cuidado sanitario<sup>67</sup>) sino que, en cambio, lo hace con la cotización obligatoria del 7% que permite al cotizante “optar” por afiliarse al sistema público (FONASA, que atiende a casi el 80% de la población) o al privado (ISAPRES). En ambos casos, por cierto, la atención exigirá, además, un copago directo del bolsillo del usuario, cuyo monto dependerá del tipo de atención de que se trate (salvo el caso de las personas que demuestren indigencia). La naturaleza del sistema de salud privado –que es, básicamente, un sistema de seguro– se basa en la segregación entre los afiliados en relación con su riesgo asociado, estableciendo planes de salud con primas muy diferentes. Este sistema se mantuvo debido a la imposibilidad política de modificarlo, lo que representa una notable deficiencia de la reforma AUGE en materia de discriminación.

---

<sup>64</sup> COMITÉ DESC (n. 19), párr. 8, p. 3.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Alejandra ZÚÑIGA FAJURI, “Sistemas sanitarios y reforma AUGE en Chile”, en *Revista Acta bioética*, vol. 13, N° 2, Santiago, noviembre 2007.

<sup>67</sup> OMS (n. 6).

En el *Tercer informe periódico de Chile sobre aplicación del pacto de derechos económicos, sociales y culturales*, el CESCR, en sus observaciones finales, “recomienda al Estado Parte que vele por que la mujer en edad reproductiva no sea objeto de discriminación en el sistema de atención de salud privado”<sup>68</sup>. Antes de la reforma del AUGE, las primas que se cobraban a las mujeres por las aseguradoras privadas de salud eran siempre más altas que las establecidas para los hombres en igualdad de condiciones, de modo que ellas pagaban más caro por un mismo plan de salud<sup>69</sup>. Aún más, en el sistema de ISAPRES, los costos de diversas prestaciones para las mujeres llegaron a triplicar el de los hombres<sup>70</sup> lo que resulta agravado por el hecho de que las mujeres en Chile ganan menos que los hombres y poseen niveles de desempleo más elevados<sup>71</sup>.

Si bien desde septiembre del año 2004 algunas ISAPRES dejaron de ofrecer planes sin cobertura maternal –hasta esa fecha cerca de cien mil mujeres tenían contratos que no cubrían el parto– sólo con la entrada en vigencia del plan AUGE en junio del año 2005 los planes de salud contratados con las instituciones privadas serían readecuados según el nuevo modelo de salud<sup>72</sup>. El problema actual radica en que la ley dispuso que las ISAPRES sólo tienen la obligación de ofrecer desde un *25% de cobertura del parto*<sup>73</sup>. Es decir, hay muchos planes de salud donde la cobertura de parto es bajísima, aún cuando se trata de “enfermedades AUGE”, por lo que las mujeres *todavía* se ven en la obligación de pagar más por sus planes de salud, manteniéndose la discriminación que la Reforma a la salud se había comprometido a eliminar.

Para minimizar las situaciones de discriminación que viven las mujeres, también en el sistema privado de salud, era necesario ampliar la reforma hasta el establecimiento de un *fondo solidario de salud*

<sup>68</sup> COMITÉ DESC, *Tercer informe periódico de Chile sobre aplicación del pacto de derechos económicos, sociales y culturales*, 44ª y 46ª período de sesiones, 18 y 19 de noviembre de 2004, y 56ª sesión, celebrada el 26 de noviembre de 2004, en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>69</sup> Molly POLLACK, “Equidad de género en el sistema de salud chileno”, en CEPAL *Serie Financiamiento del Desarrollo*, N° 123, Santiago, 2002, p. 20.

<sup>70</sup> OPS/OMS (n. 38), p. 13; Iniciativa chilena de equidad en salud, “Determinantes sociales de la salud en Chile, En la perspectiva de la equidad”, octubre 2005, Washington, D.C., p. 46. Disponible en [www.equidadchile.cl](http://www.equidadchile.cl)

<sup>71</sup> GÓMEZ GÓMEZ (n. 32), pp. 458-459.

<sup>72</sup> “Isapres ponen fin a planes sin útero”, en *La Nación*, Santiago, 12 de agosto de 2004.

<sup>73</sup> “¿Sabía usted que mujeres de 80 años deben pagar por maternidad en sus Isapres?”, en *El Mercurio*, Santiago, 23 de abril de 2007.

que permitiera traspasar recursos del sistema privado al sistema público, logrando un efecto similar al de los sistemas sanitarios públicos universales y gratuitos, como el sistema español o el sistema inglés<sup>74</sup>. Aunque ello no fue posible en su momento, la llamada “ley larga de ISAPRES” –que entró a regir en julio de 2005– sí implementó un fondo de compensación de riesgos por sexo y edad *entre las ISAPRES* abiertas del sistema<sup>75</sup>. Entre los objetivos de dicho fondo estaba no sólo terminar con la venta de planes sin útero sino, también, “disminuir la discriminación por precios y la selección por riesgo, al introducir elementos de solidaridad que permitan compartir el riesgo financiero que representan las poblaciones que generan un mayor gasto en salud”<sup>76</sup>, como las mujeres.

¿Ha servido el Fondo de Compensación Interisapres para eliminar la discriminación contra la mujer dentro del sistema de salud privado? Los hechos parecen indicar que no<sup>77</sup>. Incluso, el Fondo de Compensación Interisapres –reconoce la propia autoridad sanitaria– demoraría cerca de seis años en ajustarse. Si bien la idea de este instrumento era, como se dijo, obligar a las instituciones a compensarse unas a otras, según los riesgos de sus afiliados, beneficiando a

---

<sup>74</sup> ZÚÑIGA FAJURI (n. 66).

<sup>75</sup> Con el fondo compensatorio interisapres se consolidó un sistema de salud mixto –público y privado– que permite la segmentación de la población por nivel de ingresos y riesgos, manteniendo la principal fuente de inequidad en el acceso a cuidado sanitario de la población.

<sup>76</sup> En cuanto a las críticas que ha realizado la Asociación de ISAPRES debido a que el fondo “perjudicaría a los jóvenes solteros y a las familias más numerosas”, Manuel Inostroza aclaró que todos los chilenos pasarán por los diversos ciclos de vida. “El soltero será aportante en su oportunidad, pero luego se casará y su riesgo aumentará con una esposa fértil y con niños menores de dos años. El riesgo nuevamente bajará cuando sus hijos sean mayores, pero una vez que éstos se van del hogar, el afiliado adulto mayor estará protegido y a los 80 años, nadie lo podrá expulsar del sistema. Esto quiere decir que el fondo protegerá a la familia en el momento justo que enfrente las situaciones más críticas”. “Fondo interisapres beneficiará a los grupos más riesgosos en salud”, en *La Nación*, Santiago, 25 de julio de 2006.

<sup>77</sup> Es más, incluso, algunas ISAPRES –Banmédica y Vida Tres– han seguido vendiendo “planes sin útero”, cuestión que causó gran sorpresa entre las autoridades. En el caso de *Banmédica* se comprobó que mantenía vigentes veintiún planes sin cobertura de parto, afectando contractualmente a mil doscientos treinta y siete afiliados. Ante ello sus responsables respondieron a la Superintendencia de Salud que “los afiliados que suscribieron contratos con planes especiales sin cobertura para embarazo lo hicieron en pleno conocimiento y para obtener un precio menor”. A su vez, Vida Tres mantenía hasta la fecha mil ocho planes sin útero, situación que perjudicaba a cuatro mil cuatrocientos treinta y cuatro afiliados. La autoridad multó a estas ISAPRES.

aquellos sectores que son más “caros” (niños hasta cuatro años, las mujeres en edad fértil y las de más de cincuenta y cinco años y los hombres mayores de cincuenta años, que en total abarcan poco más del 40% de afiliados) las ISAPRES parecen tener todavía fuertes incentivos para la discriminación<sup>78</sup>. Según el superintendente de salud, Manuel Inostroza,

“Lo ideal es que en un futuro la compensación sea cero porque eso ocurrirá *cuando se acabe la discriminación* y todas las carteras de las Isapres sean homogéneas en cuanto a su estructura de hombres, mujeres, adultos mayores y jóvenes”<sup>79</sup>.

Mientras se espera a que las ISAPRES terminen ‘voluntariamente’ con la discriminación actual por riesgo, la realidad es permanentemente denunciada por los distintos actores del sistema. Los funcionarios de la Federación de Trabajadores de Isapres –que reúnen a empleados de Vida Tres, Banmédica, Consalud, Cruz Blanca y Ferrosalud– han denunciado que sus comisiones por venta de planes a mujeres son menores que las obtenidas si el contratante es hombre. Incluso si ella tiene un hijo, en varios casos estaría prohibido venderles planes<sup>80</sup>. Según relata Erica Rivera, presidenta del sindicato de vendedores de *Vida Tres*,

“las mujeres no son bienvenidas en las Isapres. Acá se desincentiva la venta de planes a ellas. Por ejemplo, si tú le vendes un contrato, la Isapre te paga sólo un 85% de la comisión. En cambio para el caso de los hombres te cancelan una comisión del 100%”.

A su vez, la tesorera del sindicato de Banmédica, Sandra Atensio, agrega que el sistema de incentivos es aún más perverso en su ISAPRE. “Acá la venta de un plan a una mujer es castigado hasta con cerca de un 50% de la comisión”. Por su parte, Sergio Solís, secretario del sindicato nacional de la compañía ING-Cruz Blanca, denun-

<sup>78</sup> “Fondo interisapres ajustará el sistema el 2010”, en *La Nación*, Santiago, 16 de septiembre de 2004.

<sup>79</sup> “Ordenan a Isapres entregar recursos a otras instituciones que tienen más afiliados de la tercera edad”, en *La Nación*, Santiago, 24 de julio de 2006.

<sup>80</sup> “No se admiten mujeres. El perverso incentivo de las isapres para excluirlas de los planes de salud”, en *La Nación*, 11 de mayo de 2008.



cia que la discriminación se da a través de un sistema menos notorio, pues: “Hay una bonificación extra para hombres entre cierto tramo de edad que no tengan carga. Es una bonificación que no se nos paga para una mujer de la misma edad y sin carga”<sup>81</sup>. En la misma línea, Sandra Carrasco, directora nacional por la zona sur del sindicato de Banmédica sostiene:

“Si llego con una mujer con carga no me pagan comisión. Y si se contrata el plan de un hombre donde la mujer con carga es parte de un plan familiar, o sea la empresa se ve en la obligación de aceptarla, a mí no me la pagan”.

La vendedora agrega otra práctica común:

“Nosotros estamos en la obligación de venderle a hombres sin carga, con carga y mujeres solteras. Pero ellas deben presentar un certificado que acredite que no han tenido licencias en los últimos 12 meses. Si tiene alguna debe justificarla muy bien, porque de ser siquiátrica queda absolutamente fuera”<sup>82</sup>.

Este trato inequitativo entre hombres y mujeres en el sistema de salud no sólo forma parte de diversas declaraciones de los propios funcionarios de estas instituciones de salud privadas<sup>83</sup>. Según la propia Superintendencia de Salud:

“El gasto de bolsillo en salud es significativo: 27% del ingreso total para salud: 33% en Isapre y 22% en Fonasa. Los co-pagos se diferencian por subsector, sexo, edad y nivel de atención (...) En las Isapres hay una marcada *diferencia entre los copagos de hombre y mujer en edad fértil* que en la atención hospitalaria debe pagar un 10% más. En el nivel hospitalario, los copagos de isapres son 11 veces superiores a los del Fonasa”<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> “No se admiten mujeres...” (n. 80).

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> “Si en su empresa el cliente hombre debe cotizar un mínimo de 2 UF, las mujeres –por ser ‘las más caras’ deben pagar, por un plan básico, de entre 5 y 6 UF mensuales”, en *La Nación*, 11 de mayo de 2008.

<sup>84</sup> SUPERINTENDENCIA DE SALUD, “Monitoreo y seguimiento de la reforma: equidad en el financiamiento y protección financiera”, Santiago, Superintendencia de Salud, Departamento de Estudios y Desarrollo, 2006.

Las situaciones de discriminación analizadas, tanto en el sistema público como en el privado de salud, comprometen la responsabilidad internacional de Chile al violentarse de manera permanente los derechos básicos de las mujeres. El derecho a la protección de la salud debe ser reconocido y asegurado –como dispone la normativa internacional– sin discriminación, es decir, en condiciones de igualdad entre las personas<sup>85</sup>. El Comité DESC, al determinar algunas de las obligaciones genéricas que todos los Estados debieran cumplir, dispone que la “obligación de respetar” el derecho a la protección de la salud, implica que los Estados deben abstenerse de denegar o limitar el acceso *igual* de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos de modo que se rechaza la imposición de prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer<sup>86</sup>. Por su parte, la “obligación de proteger” el derecho a la salud implica las obligaciones estatales de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, además de *velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud*<sup>87</sup>.

El PIDESC obliga a los Estados a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por, entre otros motivos, el sexo, lo que se ve reforzado al exigirse a los Estados-partes a que se comprometan a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el mismo<sup>88</sup>. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular (...) f) *El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las con-*

---

<sup>85</sup> La discriminación vigente en el sistema de salud chileno viola la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), el PIDESC (artículo 12), la CADH (artículo 1º) y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, que en su artículo 12 asegura el derecho de acceder a atención médica sin discriminación.

<sup>86</sup> COMITÉ DESC (n. 19), párr. 34.

<sup>87</sup> *Op. cit.*, párr. 35.

<sup>88</sup> PIDESC, artículo 2 y 3, en [www.un.or](http://www.un.or)

diciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”<sup>89</sup>.

En su observación general N° 14, el Comité DESC recomienda a los Estados incorporar la perspectiva del género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Como indica este Comité de Naciones Unidas:

“Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud”<sup>90</sup>.

Para el Comité, luego,

“el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”<sup>91</sup>.

Para suprimir la discriminación contra la mujer sería legítimo que el Estado de Chile –a diferencia de lo que ha ocurrido– disponga medidas concretas tendientes a beneficiarla, dando prioridad a sus nece-

---

<sup>89</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 11, en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>90</sup> COMITÉ DESC (n. 19), párr. 20, p. 6.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, párr. 10, p. 3.

sidades en materia sanitaria. Asegurar para ellas el goce en condiciones de igualdad del derecho a cuidado sanitario no puede significar identidad de trato “en toda circunstancia”<sup>92</sup> sino que, por el contrario, supone mejorar su situación en atención a la realidad desmejorada que vive en todos los ámbitos. En palabras del Comité,

“es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe proveer en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de salud de alta calidad y al alcance de ella”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> COMITÉ DESC (n. 19), párr. 8, p. 3.

<sup>93</sup> *Op. cit.*, pp. 6 y 7.

# DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

---

## ABSTRACT

Los derechos del niño constituyen una prioridad moral de primer orden para los Estados. A diferencia de los adultos, los niños no han podido elegir las condiciones de vida a las que se enfrentan, están más expuestos a los daños causados por acciones u omisiones de particulares o del Estado, los que impactan de modo más perdurable en sus vidas. En virtud de esta particular vulnerabilidad, los Estados se ven obligados a otorgarles mecanismos reforzados de protección de sus derechos. Tales garantías, deben evitar un acercamiento a dicha vulnerabilidad desde una mirada tutelar que no reconozca a los niños como portadores de derechos. Ése es precisamente el sentido que posee el denominado “interés superior del niño” al interior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Estado de Chile asumió compromisos jurídicos y políticos en relación con la protección de los derechos del niño. Así, junto con la ratificación de la CDN, el Estado de Chile formuló una *política nacional y plan de acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia 2001-2010*, que contiene metas específicas en diversas áreas relevantes para la vida de niñas, niños y adolescentes. Este capítulo presta atención especial a tres áreas problemáticas para los derechos de los niños en Chile: la vulneración de derechos al interior de las escuelas; el sistema de protección de los niños víctimas de violencia, malos tratos y abusos y las instituciones residenciales de protección a la niñez. La conclusión de este capítulo es que, sin perjuicio de diversas recomendaciones formuladas por los órganos de supervisión internacionales, Chile exhibe graves déficits en estas áreas, comprometiendo seriamente su capacidad de otorgar protección efectiva a los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para la elaboración de este capítulo se envió solicitud escrita de información a las siguientes instituciones: SENAME, Ministerio Público, Subsecretaría de Justicia y Defensoría

PALABRAS CLAVE: derechos del niño, discriminación, inequidad, segmentación social, violencia, falta de reparación, centros de internación, autonomía.

## I. VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES AL INTERIOR DE LAS ESCUELAS

La escuela es un espacio fundamental de desarrollo y ejercicio de derechos de los niños<sup>2</sup>, pero también, dada su centralidad en la vida de éstos, es un lugar en que tales derechos pueden ser, con frecuencia, objeto de violación. La CDN le presta especial atención a los derechos de los niños en la educación, reconociéndoles, entre otros: el derecho a acceder a educación en condiciones de igualdad y de gratuidad, contando con asistencia financiera si es necesario; el derecho a medidas activas del Estado que aseguren la permanencia en la educación; el derecho a unos estándares específicos en relación con los objetivos y el contenido de la educación, centrados en el desarrollo de la personalidad y las potencialidades del niño, en el marco del respeto a los derechos humanos, a su identidad cultural y a los valores de su país de origen y de residencia; y derechos relacionados con la disciplina y la convivencia escolar, en un ambiente de tolerancia y no discriminación.

Las principales violaciones a los derechos del niño en las escuelas en Chile no tienen que ver con el acceso y la permanencia sino con la *discriminación*. Pero el resultado es similar a que si se negara el acceso. En efecto, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su observación general sobre los Propósitos de la Educación<sup>3</sup> advierte que:

---

Penal Pública de la V Región. En cada caso, esas instituciones enviaron la información requerida. Además, accedieron a las entrevistas que les fueron solicitadas: la subsecretaria de Carabineros, la Directora del DEPRODE de SENAME, la directora de la OPD de Cerro Navia, dos profesionales de Corporación Opción, dos psicólogos expertos en temas de violencia y abuso sexual en contra de niños, y una jueza de familia, que solicitó anonimato; otra jueza de familia, competente en un caso reseñado en este capítulo, prefirió no acceder a la entrevista solicitada, por no contar con una necesaria autorización de la Corte de Apelaciones.

<sup>2</sup> En adelante, se usará la expresión 'niño', empleada en la traducción castellana de los instrumentos internacionales sobre derechos de estas personas, para hacer referencia a toda persona menor de dieciocho años, niñas, niños o adolescentes.

<sup>3</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 26º período de sesiones (2001), "Observación general N° 1: propósitos de la educación", en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4277.pdf>, visitada el 7 de julio de 2008.

“La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o larvada, atenta contra la dignidad humana del niño y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación. Aunque el negar a un niño el acceso a la educación es un asunto que, básicamente, guarda relación con el artículo 28 de la Convención, son muchas las formas en que la inobservancia de los principios que figuran en el párrafo 1 del artículo 29 puede tener efectos análogos”.

Un aspecto de esta discriminación –tratado en el capítulo sobre educación especial y discapacidad de este mismo *Informe...*– se produce respecto de los niños con discapacidades; se trata, en general, de un problema que preocupa especialmente al Comité de Derechos del Niño:

“La discriminación de los niños con discapacidad también está arraigada en muchos sistemas educativos oficiales y en muchos marcos educativos paralelos, incluso en el hogar”<sup>4</sup>.

Esta preocupación general la ha reiterado el Comité especialmente respecto del caso de Chile, en su informe de fecha 2 de febrero de 2007: “Al Comité le preocupa que los recursos disponibles para niños con discapacidad son inadecuados, en particular para garantizar su derecho a la educación”, recomendando a continuación al Estado de Chile, entre otras medidas “realizar esfuerzos para asegurar que los niños con discapacidades puedan ejercer su derecho a la educación, en la mayor medida posible” y

“realizar mayores esfuerzos para disponer de recursos profesionales (a saber, de especialistas en discapacidad) y financieros, especialmente al nivel local, y promover y ampliar los programas de rehabilitación de base comunitaria, incluyendo los grupos de apoyo de padres”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 26º período de sesiones (2001)... (n. 3).

<sup>5</sup> Informe de fecha 2 de febrero de 2007, 44º período de sesiones, versión en inglés (la traducción es nuestra), en [www.crin.org/resources/infoDetail.asp?id=1243&flag=report](http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?id=1243&flag=report), visitada el 2 de junio de 2008.

### 1. Inequidad y segmentación en la educación

Una dimensión de la discriminación en el ejercicio del derecho a la educación es la inequidad, especialmente en relación con la calidad de la educación. Las inequidades en materia de educación, que en los niveles básicos y medios se asocian sobre todo al carácter público o particular del establecimiento educacional, son objeto de preocupación pública desde hace tiempo. Estas inequidades representan una de las mayores injusticias sociales en Chile, pues quienes la sufren están en una etapa de la vida en la que es imposible asignarles responsabilidad individual alguna por la suerte que han corrido y en la que ellos nada pueden hacer por escapar de sus efectos. Además, es una inequidad que originará en el futuro muchas otras situaciones de injusticia para quienes la sufren: sus posibilidades de acceso a educación superior de buen nivel y sus competencias profesionales o laborales serán mucho menores que las de quienes se vieron beneficiados por una educación de calidad en los niveles básico y medio. Con ello, también será mucho menor su poder adquisitivo para satisfacer sus necesidades básicas, así como su acceso a capital social, cultural y simbólico; lo cual determinará, en una cadena que alcanzará a otros, que sus posibilidades de brindarles a sus propios hijos una educación de calidad que les permita correr mejor suerte también serán muy reducidas, pues, precisamente, dependen del poder adquisitivo necesario para costear una educación privada de excelencia.

En el período analizado se conocieron dos datos muy preocupantes sobre la *evolución experimentada por los indicadores de inequidad de la educación entre el año 1999 y 2006* (año de la última medición disponible).

El primer dato da cuenta de que la enorme brecha que en 1999 separaba a los niños más pobres de los más ricos, en términos de sus niveles de aprendizaje y rendimiento en las pruebas de medición de desempeño escolar (SIMCE y PISA), no sólo no ha sido reducida sino que ha tenido un claro aumento, tanto en las pruebas de lenguaje como en las de matemáticas, aumento que (en el caso del SIMCE) pasa por un alza en los puntajes del quintil más rico y una baja en los del quintil más pobre<sup>6</sup> (y no, por ejemplo, en una diferencia en el rit-

---

<sup>6</sup> Juan Pablo VALENZUELA B., "Segregación en el sistema escolar chileno: en la búsqueda de una educación de calidad en un contexto de extrema desigualdad", en Ximena POÓ y Patricio VELASCO, *Transformaciones del espacio público. Segunda escuela Chile Francia*, Santiago, Universidad de Chile, Vicerrectoría de Investigación, 2008, pp. 131-155, quien



mo de crecimiento de puntajes en ambos quintiles). Como lo señala el autor del estudio que reveló este dato, el sistema escolar chileno ha generado –cada vez más claramente– ganadores y perdedores<sup>7</sup>.

El segundo dato da cuenta de que en Chile la tasa de concentración de los alumnos más pobres en determinadas escuelas (las de peor rendimiento) es altísima y, más encima, va aumentando en el tiempo<sup>8</sup>. Este indicador, denominado “tasa de segregación escolar” explica que en Chile no sólo los pobres van a las escuelas públicas (estadísticamente, las de peor rendimiento) sino que los más vulnerables de entre los pobres se concentran cada vez más en ciertas escuelas públicas, incluso, al interior de las comunas más pobres del país.

Comparativamente, Chile tiene la tasa de segregación escolar más alta de los cuarenta países que rindieron la prueba PISA el año 2000, y sus niveles de segregación aumentaron entre 1999 y 2006. De modo que si en Chile los pobres viven confinados en ciertas comunas, los niños más pobres viven confinados en las peores escuelas, aun dentro de esas mismas comunas, que terminan convirtiéndose en escuelas pobres (y de mala calidad) para los más pobres. Con ello, sus posibilidades de beneficiarse del contacto con alumnos más aventajados, que mejoren el nivel de la escuela, así como de encontrar espacios de integración social, que generen redes y relaciones entre niños de diversos grupos socioeconómicos, son cada vez menores.

Según el mismo estudio, una causa directa de este fenómeno de segregación escolar es el *sistema de financiamiento compartido*, introducido a inicios de la década de 1990. Este sistema, al aumentar el número de escuelas particulares subvencionadas –incluso en las comunas pobres– que exigen un pago por parte de los padres, incorpora una subdiferenciación en la educación entre “los más pobres” y “los menores pobres” de la comuna, estos últimos concentrados en escuelas con mayor rotación de profesores y mayores tasas de abandono.

---

compara la evolución de la brecha en el SIMCE, entre el primer y quinto quintiles, y en el *test* PISA, entre el primer y décimo deciles, en los períodos 1999-2006 y 2000-2006, respectivamente.

<sup>7</sup> “Distancia entre estudiantes de mayor y menor rendimiento aumentó durante la última década”, en *La Tercera*, Santiago, 8 de junio de 2008.

<sup>8</sup> De acuerdo con los resultados de la investigación realizada por Juan Pablo VALENZUELA, Cristián BELLEI y Danae DE LOS RÍOS, *Evolución de la segregación socioeconómica de los estudiantes chilenos y su relación con el financiamiento compartido*, Santiago, Ministerio de Educación, Fundación Ford y Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, 2008.

## 2: Sanciones arbitrarias y control de la sexualidad

En Chile, las sanciones arbitrarias y discriminatorias en establecimientos educacionales han sido una práctica preocupante en el pasado reciente, que versiones anteriores del *Informe...* se han preocupado de analizar<sup>9</sup>. En el caso de las alumnas, en particular, especial preocupación han despertado las sanciones fundadas en su actividad sexual, que forma parte de la esfera de privacidad de cada persona, pero que es objeto de control y represión por parte de algunos establecimientos. Lo anterior, particularmente si contrasta con determinados ideales morales de abstinencia y castidad promovidos principalmente por colegios sostenidos por instituciones con filiación religiosa.

El caso más preocupante en el pasado reciente ha sido el de las *suspensiones o expulsiones por embarazo*. Esta medida, fuera de violar el derecho a la educación y a la no discriminación de las adolescentes directamente sancionadas, puede motivar, además, indirectamente (a través del tabú que alimenta respecto de la sexualidad de las adolescentes en ciertos grupos de la sociedad) una ilegítima injerencia represiva en su privacidad. Al mismo tiempo, tales medidas pueden contribuir al aumento de serios riesgos de abortos clandestinos, que pese a todo tuvieron actividad sexual, pero no se atrevieron a buscar medios anticonceptivos precisamente por temor a hacer visible su actividad sexual. El supuesto conflicto que podría plantearse entre los derechos de las adolescentes a la educación, la privacidad y la no discriminación, por una parte, y el derecho de los sostenedores a la libertad de enseñanza (que incluiría el de escoger el tipo de enseñanza moral que imparten a sus pupilos), por la otra, fue objeto de una resolución clara por parte del legislador cuando, en la LOCE, prohibió expresamente cualquier sanción fundada en el embarazo de una alumna. Con ello, los establecimientos educacionales pueden infundir en sus alumnos y alumnas los valores morales que –sin contradecir los principios de una sociedad tolerante, basada en el respeto de los derechos humanos<sup>10</sup>– mejor se correspondan con sus concep-

---

<sup>9</sup> Véase especialmente el capítulo “Derecho a la Educación”, en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de derechos humanos en Chile 2003. Hechos de 2002*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2003 y sus referencias al trabajo de Lidia CASAS, Jorge CORREA y Karina Wilhelm, “Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación”, en Felipe GONZÁLEZ (ed.), “Discriminación e interés público”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales*, N° 12, Santiago, Universidad Diego Portales, 2001.

<sup>10</sup> Tal como lo prescribe el artículo 29 de la CDN.

ciones filosóficas o religiosas, pero no pueden imponerlos a fuerza de sanciones disciplinarias<sup>11</sup>. De hecho, en la actualidad, la preocupación de las autoridades educativas y de los organismos internacionales con competencia de supervigilancia en la materia, trasciende el problema de las sanciones por embarazo y se concentra en la necesidad de desarrollar *programas que prevengan el abandono escolar* que –por diversas razones– es frecuente en las embarazadas<sup>12</sup>.

En este contexto, es especialmente preocupante que, en el período informado, las sanciones disciplinarias escolares fundadas en la actividad sexual de niñas y adolescentes hayan vuelto a ser noticia, a lo menos en dos casos de trascendencia pública.

El primero se refiere a una alumna de primero medio de un establecimiento particular subvencionado de inspiración católica que, tras difundirse ilegalmente un video (captado por medio de un teléfono celular) en el que aparecía teniendo contacto sexual con otro adolescente, fue sancionada con la cancelación de la matrícula. El caso alcanzó gran trascendencia pública a raíz, precisamente, de la difusión del video en Internet. En este caso, el debate oscilaba entre la preocupación de las autoridades por el perjuicio que a la adolescente le podría ocasionar la difusión de imágenes constitutivas de pornografía infantil y la preocupación de los directivos del colegio por la imagen pública del mismo y por la convivencia interna, enrarecida por esos hechos y por las embarazosas preguntas que los alumnos más pequeños habrían comenzado a plantear sobre temas que sus padres consideran difíciles de tratar<sup>13</sup>.

El desenlace del caso se produjo, como se vio, a costa de la adolescente. Sin apreciar que los ribetes escandalosos del mismo derivan de una situación de la que ella fue víctima (la difusión ilegal de las

---

<sup>11</sup> Véase Jaime COUSO, “Los derechos del niño en la educación: un caso de estudio”, en *Revista del Colegio de Profesores de Chile*, Santiago, septiembre de 2000.

<sup>12</sup> El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su último informe sobre Chile, exhortó al Estado para que fortalezca las medidas destinadas a prevenir los embarazos no deseados entre las adolescentes, así como medidas educativas para los niños y niñas que favorezcan las uniones y la procreación responsable, y medidas adecuadas para la continuación de la educación de las madres jóvenes. Véase el documento de observaciones finales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, emitidas respecto del Cuarto Informe Periódico de Chile, sesiones 749<sup>a</sup> y 750<sup>a</sup>, celebradas el 16 de agosto de 2006, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf>, visitada el 2 de junio de 2008.

<sup>13</sup> “Colegio de La Salle saca lecciones de un hecho que lo conmocionó”, en *El Mercurio*, Santiago, octubre de 2008.

imágenes) y no autora, el colegio hizo recaer todos los costos de la “solución” precisamente en ella, alimentando la noción cultural de que la adolescente que ejerce la sexualidad fuera de los estrictos cánones morales de cierta versión del catolicismo se denigra a sí misma y a su género. De hecho, el director del colegio se hizo eco del reclamo de que todas las alumnas fueron “dañadas en su imagen como mujeres”<sup>14</sup>. Así, la adolescente pagó con la expulsión del colegio –si bien bajo la eufemística denominación de “cancelación de matrícula”–, con su señalamiento público como infractora moral y como responsable de la degradación de la imagen de sus congéneres –las otras adolescentes, las verdaderamente “puras”– y, a lo menos en el seno de su comunidad escolar, con la invisibilización de las lesiones a sus derechos, de los que ella realmente fue víctima: la difusión ilegal de las imágenes y la injusta sanción impuesta.

El caso da cuenta, además, de una inadmisibles intromisión coercitiva –a fuerza de graves sanciones– por parte de algunos establecimientos particulares de educación en la decisión de las adolescentes acerca de si acaso ejercen la sexualidad y, en particular, de cómo la ejercen<sup>15</sup>. Al tratarse de comportamientos que no comprometen derechos de terceros, su oportunidad y forma debería quedar reservada a la decisión autónoma de las propias adolescentes, con los límites que –fundados en la protección de otros intereses de ellas mismas– les impongan sus padres. Adicionalmente, este caso preocupa por la inacción de la autoridad pública, aquélla que debe asegurar que el legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza se desarrolle sin violar los derechos fundamentales de los alumnos y alumnas<sup>16</sup>. En efecto,

<sup>14</sup> “Colegio de La Salle... (n. 13).

<sup>15</sup> Uno de los aspectos que más pareció preocupar a las autoridades del colegio es que la adolescente practicó sexo oral. Otro aspecto al que pareció dársele importancia fue el lugar de los hechos: una plaza pública, a pesar de que el hecho no fue en sí público y sólo llegó a ser conocido a través de la difusión de las imágenes por Internet.

<sup>16</sup> Según el art. 29.2 de la CDN, “Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado” (énfasis nuestro). Además, entre aquellos principios del párrafo 2 del mismo artículo, que sí son límites a la libertad de enseñanza, la CDN señala el que: “la educación del niño deberá estar encaminada.. a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural,

concentrada más bien en la –infructuosa– búsqueda de responsables de la difusión de las imágenes, la autoridad no se pronunció respecto de la ilegitimidad de la sanción, sino apenas cuestionó su conveniencia, como si se tratara de un asunto de mera prudencia o de oportunidad pedagógica<sup>17</sup>.

El segundo, se presenta en un establecimiento público de educación (en que no estaba en juego ninguna concepción moral relacionada sobre la abstinencia), y donde una pareja de alumnos de catorce y trece años de edad, que tuvieron relaciones sexuales, solicitaron ayuda de la inspectora para obtener una píldora anticonceptiva de emergencia<sup>18</sup>. La solicitud fue formulada por un adolescente de catorce años a nombre de su pareja, evidenciando una actitud que las políticas de salud precisamente quieren alentar: una clara conciencia sobre los riesgos de un embarazo en esa edad y una aceptación de la corresponsabilidad del varón con la mujer respecto de las consecuencias del ejercicio de la sexualidad y la necesidad de adoptar medidas preventivas, siquiera de emergencia.

La respuesta de las autoridades de la escuela, en cambio, refleja falta de conciencia sobre los derechos de los adolescentes. La inspectora se negó a prestar su ayuda para obtener el anticonceptivo y, cuando los adolescentes decidieron procurárselo por sus propios medios –para lo cual se retiraron del establecimiento el mismo día, seguramente urgidos por el temor de que luego fuera demasiado tarde–,

---

de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. De esta manera, la libertad de enseñanza encuentra un límite en el respeto de la propia personalidad del niño, en el marco de un ambiente de tolerancia en el que los derechos humanos (también los de la esfera de la privacidad) son la base moral mínima sobre la que se construye cualquier proyecto educativo impulsado en el ejercicio de la propia libertad de enseñanza.

<sup>17</sup> “Ministerio público: Unirán pesquisas por video de secundaria”, en *El Mercurio*, Santiago, día, septiembre de 2008, donde la ministra de Educación señala críticamente que: “La expulsión es el camino más fácil, más sencillo, pero lo único que hace es trasladar un problema. No se hace cargo de las comunidades educativas, de entender que esto puede ser una oportunidad pedagógica para entender lo que está contenido en materia de afectividad y sexualidad”, discurso en el que no se reconoce ninguna referencia a los derechos de la adolescente, violados por la medida, e incluso, implícitamente, se sugiere que ese “camino fácil” no sería cuestionable jurídicamente sino sólo “pedagógicamente”.

<sup>18</sup> “Alumnos de octavo básico: suspendidos por pedir la ‘píldora’”, en *El Mercurio*, Santiago, 28 de noviembre de 2007.

las autoridades reaccionaron suspendiéndolos. En dicho caso el argumento del colegio fue que ello era necesario para “resguardar al resto de la comunidad escolar”. Con ello se alude, al parecer, al hecho de que los adolescentes se “escaparon” del colegio para ir a obtener el anticonceptivo. Pero con ello, la autoridad escolar de alguna manera deja entrever su hostilidad hacia el objetivo buscado por éstos (en cambio, es difícil imaginar que la reacción hubiera sido similar si los adolescentes se hubiesen retirado para ir a buscar un medicamento cualquiera que uno de ellos había olvidado en su casa y respecto del cual tenía una prescripción médica a causa de una enfermedad). La posterior decisión del SEREMI de Educación, de ordenar el reintegro de ambos menores, aminoró el daño, pero deja pendiente la definición de una política clara en la materia, compatible con el respeto del derecho de los adolescentes a la autonomía en el ejercicio de la sexualidad, como ámbito de su privacidad, y su derecho a no ser discriminados en la educación por las decisiones que tomen en el ejercicio de ese derecho.

## II. VULNERACIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA, LOS MALOS TRATOS Y EL ABUSO SEXUAL

La CDN dispone que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”,

y le obliga, adicionalmente, a “proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él”, incluso, para la “prevención y para la identificación... tratamiento y observación ulterior de los casos” (art. 19 CDN).

La CDN, además, obliga al Estado “a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” (art. 34). Por último, ante el evento de casos de abuso y explotación que se hayan producido, los Estados-partes deben adoptar “todas las medidas apropiadas

para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso...” (art. 39).

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su observación general N° 8<sup>19</sup>, ha señalado la:

“obligación de todos los Estados Partes de actuar rápidamente para prohibir y eliminar todos los castigos corporales y todas las demás formas de castigo crueles o degradantes de los niños y esbozar las medidas legislativas y otras medidas educativas y de sensibilización que los Estados deben adoptar”.

Por su parte, como el propio Comité lo recuerda, la Corte IDH en su opinión consultiva sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, sostuvo que los Estados-partes en la Convención Americana de Derechos Humanos

“tienen el deber... de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”<sup>20</sup>.

Las deficiencias del Estado de Chile en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia han sido objeto de preocupación por parte del Comité DESC y del CDN. El primero<sup>21</sup>, manifestó preocupación por “el gran número de niños que trabajan en la industria del sexo en el Estado Parte” y “recomienda al Estado Parte que adopte más medidas contra el abuso sexual y la explotación sexual comercial de los niños y que disponga la debida atención de las víctimas”. El segundo<sup>22</sup>, expresa su preocupación por el hecho de que: “pese a los esfuerzos gubernamentales para enfrentar la violencia intrafami-

---

<sup>19</sup> Observación general N° 8 (CRC/C/GC/8), de fecha 21 de agosto de 2006, sobre “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”, en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8_sp.doc), visitada el 30 de junio de 2008.

<sup>20</sup> CORTE IDH, opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrs. 87 y 91, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2212.pdf>, visitada el 26 de junio de 2008.

<sup>21</sup> En su informe sobre Chile, de fecha 26 de noviembre de 2004, en <http://petchile.cl/dos/Observaciones%20Finales%20DESC%20a%Chile.pdf>, visitada el 2 de junio de 2008.

<sup>22</sup> En su informe sobre Chile, de fecha 2 de febrero de 2007... (n. 5).

liar... la incidencia de la violencia y el abuso sexual en contra de niños está incrementándose...”.

Durante el período cubierto por el *Informe...*, de las muchas situaciones de violencia que afectaron a niños y adolescentes, algunas son especialmente preocupantes, pues dejan en evidencia la incapacidad del Estado –cuando no su negligencia– para garantizar el respeto del importantísimo derecho de los niños a ser protegido en contra de la violencia, abuso o explotación, y a recibir apoyo para su recuperación y reintegración social cuando ellos ya se han producido. Algunas de esas situaciones son tratadas en el capítulo de este *Informe...* destinado al examen crítico de las condiciones carcelarias, que también abarca a los centros penitenciarios de adolescentes. En esta sección, en cambio, se tratará de situaciones de violencia, malos tratos o abuso cometidos por particulares, a menudo al interior de la familia, pero en las que el Estado falla en su deber de brindar protección oportuna o de promover efectivamente la recuperación de las víctimas, o subordina este deber a otro tipo de necesidades institucionales.

*1. Falta de intervención oportuna y eficaz de las autoridades encargadas de la protección de niños víctimas de malos tratos y abusos al interior de las familias*

Según la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, la exigencia de una pronta resolución de los recursos y acciones interpuestos ante la justicia deriva de la garantía de protección judicial a través de “un recurso sencillo y rápido”<sup>23</sup>. El *Informe... 2007...* ya analizó críticamente el incumplimiento de esta garantía en el seno de la justicia de familia<sup>24</sup>, que fijaba sus audiencias, en materias altamente sensibles para los derechos de las personas, para fechas hasta seis u ocho meses posteriores a la interposición de las demandas o solicitudes. La falta de intervención oportuna, según el propio *Informe... 2007...*, también se producía en los procesos de protección de los derechos del niño, donde las audiencias preparatorias se fijaban

---

<sup>23</sup> Ello se desprende, según la Corte IDH, del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 141), en <http://www.cidh.oas.org/Relatoria/showDocument.asp?DocumentID=44>, visitada el 30 de junio de 2008

<sup>24</sup> Haciendo referencia, además, al estudio de Lidia CASAS, Mauricio DUCE, Felipe MARÍN, Cristián REGO y Macarena VARGAS, “El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria”, disponible en [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org). Visitada el 30 de junio de 2008.



para dos meses después de las solicitudes, y las audiencias de juicio para dos meses más<sup>25</sup>, lo que contrasta drásticamente con los plazos exigidos por la Ley de Tribunales de Familia, de cinco y diez días, respectivamente.

Pero fuera de esta lesión general al derecho a la protección judicial, cuando se trata de la solicitud de medidas de protección –siquiera en forma cautelar– de niños víctimas de malos tratos o abusos, la tardanza en adoptarlas frustra el derecho mismo a ser protegido en contra de esas agresiones, que podrán mantenerse y agravarse –con el agresor viviendo en el propio hogar del niño–, lesionándole la integridad física y síquica, a veces de forma irreversible. Por ello, desde la perspectiva de las necesidades de los niños víctimas tanto de violencia, maltrato como de abuso sexual al interior de las familias, la decisión de la autoridad de adoptar medidas de protección debería producirse en el menor plazo. Una reconocida experta en la materia, la sicóloga Soledad Larraín, señala al respecto:

“Es muy importante que la intervención de protección y reparación frente a la violencia y el abuso sexual en contra de niños sea oportuna... En 24 horas los niños deben estar protegidos”<sup>26</sup>.

Como se verá en los casos relatados a continuación, la intervención de los organismos de protección a la niñez en Chile se encuentra muy lejos de este estándar. En muchas ocasiones, los organismos creados al efecto siguen siendo incapaces de brindarles protección eficaz y oportuna, en buena medida por ineficiencias y descoordinaciones, y en otra medida por problemas de diseño de sus competencias y de su forma de funcionamiento.

Un caso que alcanzó gran notoriedad pública es el de los sistemáticos malos tratos físicos y psicológicos cometidos en contra de seis hermanos por su padre y la pareja de éste<sup>27</sup>, durante más de seis meses, en circunstancias de que la OPD de Cerro Navia y el Tribunal de Familia de Pudahuel conocieron el caso siete y cinco meses antes,

---

<sup>25</sup> Véase CENTRO DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, p. 159.

<sup>26</sup> Soledad Larraín, consultora de UNICEF, entrevistada el 2 de julio de 2008.

<sup>27</sup> “Seis hermanos sufrieron violencia intrafamiliar durante un año”, en *El Mercurio*, Santiago, 21 de febrero de 2008.

respectivamente, de que los niños fueran rescatados, en febrero de 2008, a raíz de una nueva denuncia interpuesta por un tío paterno. Los niños, de entre cinco y quince años de edad, habían sido abandonados días antes por su padre y fueron encontrados en un complejo deportivo, en las inmediaciones del hogar paterno, “en evidente estado de desnutrición”, y con lesiones de diversa gravedad (incluyendo un caso de lesiones graves)<sup>28</sup>. Entre otros abusos, habrían sido obligados a permanecer en el patio de la casa durante horas, a veces, incluso, por toda la noche, en ocasiones sin poder ingerir de la comida que la pareja del padre y sus dos hijas se servían frente a ellos<sup>29</sup>.

Una revisión detallada del recorrido de este caso en el circuito judicial y administrativo de protección a la niñez aporta una perspectiva única de las insuficiencias del mismo. El caso dio lugar a una investigación por parte de SENAME, ordenada por el ministro de Justicia, para esclarecer el papel desempeñado por la OPD de Cerro Navia<sup>30</sup>. Informaciones de prensa<sup>31</sup>, que también recogen declaraciones del propio tío denunciante, apuntan a una negligencia de este organismo, que habría tardado en elaborar los diagnósticos solicitados por el tribunal de familia, lo que habría llevado a éste a postergar en dos meses la audiencia en la que se decidiría el destino de los niños (de febrero a abril de 2008).

La OPD, en una declaración pública emitida a través de la Municipalidad de Cerro Navia<sup>32</sup>, explica que con anterioridad a ello, durante dos meses (una vez recibida la primera denuncia de un vecino), no pudo intervenir directamente para tomar contacto con los niños, entre otras razones, por “no tener las facultades legales”, añadiendo que los funcionarios de la misma fueron amenazados en reiteradas

---

<sup>28</sup> Parte denuncia de la 45ª comisaría de Cerro Navia, de fecha 18 de febrero de 2008, por vulneración de derechos del niño, y que contiene relación de la psicóloga de la OPD de Cerro Navia que acompaña a los funcionarios de Carabineros que rescatan a los niños, así como de los informes de lesiones de los niños. El *Informe...* tuvo acceso al parte (la causa no está sujeta a reserva) por gentileza de la jueza del caso, Carmen Luz Urzúa y del administrador del tribunal.

<sup>29</sup> “Estremecedores relatos de maltrato que sufrían los seis hermanos... (NN)”, en *El Mercurio*, Santiago, 22 de febrero de 2008.

<sup>30</sup> El *Informe...* tuvo acceso al informe técnico elaborado por una comisión investigadores de SENAME, por gentileza del subsecretario de Justicia, Jorge Frei, y de la jefa de la división de Defensa Social de ese ministerio, Ana María Morales.

<sup>31</sup> Véase “Estremecedores relatos...” (n. 29) y “Querella por maltrato a hermanos... (NN)”, en *La Nación*, Santiago, 28 de febrero de 2008.

<sup>32</sup> “Declaración pública”, Municipalidad de Cerro Navia, en [http://www.cerronavia.com/diariodetalle-tres.php?id\\_diario=222](http://www.cerronavia.com/diariodetalle-tres.php?id_diario=222). Visitada el 7 de abril de 2008.

ocasiones por los presuntos agresores<sup>33</sup> Un informe del SENAME y los propios antecedentes de la causa dan cuenta de graves dilaciones en la respuesta de los dos organismos públicos involucrados, la OPD y el tribunal de familia<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> La declaración sostiene que con posterioridad, cuando por orden del tribunal de familia la OPD ya pudo conocer el caso, efectuar el primer diagnóstico y comprobar la situación de riesgo, este organismo solicitó al Tribunal de Familia, con fecha 1 de octubre de 2007, el retiro de los niños y su traslado con unos tíos dispuestos a recibirlos mientras se les realizaba una pericia sobre la situación de maltrato. Esta solicitud fue rechazada por la jueza competente, que mantuvo a los niños bajo el cuidado del padre y su pareja, donde los maltratos se mantuvieron hasta fines de febrero.

<sup>34</sup> La OPD, que ya había conocido directamente el caso por “peligro material y moral”, recibió una primera denuncia por parte de una vecina en julio de 2007, dando cuenta de malos tratos cometidos por la nueva pareja del padre en contra de los niños. Pero, fuera de su infructuoso intento de diagnosticar la situación de los niños mediante una visita a la familia, que no permitió el ingreso a los profesionales de la OPD, no logró establecer contacto con ellos ni realizar, durante cerca de dos meses, ninguna acción efectiva de protección. Recién el día 3 de septiembre de 2007 el caso recibe nueva atención a raíz de una denuncia interpuesta por el colegio de uno de los niños, de siete años de edad, que un día llegó a clases con hematomas en la cara, correspondientes a golpes propinados por la pareja de su padre; además, según informó el colegio, hacía tiempo que el niño se veía muy delgado y llegaba a clases con señales de desatención y sin haberse bañado. Esta denuncia dio lugar a una causa de protección iniciada en el tribunal de familia de Pudahuel, el que solicita a la propia OPD de Cerro Navia un diagnóstico de la situación. Informe de calificación diagnóstica suscrito por la psicóloga Andrea Saavedra y la asistente social Claudia Miranda, presentado por la OPD de Cerro Navia al tribunal de familia de Pudahuel para la audiencia preparatoria del proceso de protección iniciado. El informe de la OPD, que por primera vez logra entrevistar a los niños, al padre y a los funcionarios del colegio del niño, cuya situación originó esta denuncia, da cuenta una preocupante negligencia del padre (prácticamente ausente durante la semana) y de malos tratos infligidos por su nueva pareja al niño, con golpes y castigos crueles (el niño reporta haber sido en más de una ocasión relegado a pasar varias horas e, incluso, toda la noche, en el patio, como represalia por haberse orinado); este cuadro se vería agravado por la actitud manipuladora del padre respecto de los niños, que dan evidencias de haber sido instruidos para negar los hechos: en efecto, el niño, cuya situación de maltrato dio origen a la denuncia, reconoció que su padre le indicó que en la entrevista diagnóstica debía decir que los hechos denunciados “eran puras mentiras”. La OPD concluye en el informe que el niño se encuentra en situación de riesgo e indefensión frente a malos tratos cometidos por diversos adultos en su hogar y recomienda que todos los hermanos salgan del hogar de su padre y la pareja de éste, para ser evaluados –sin el efecto silenciador de la manipulación paterna– en casa de unos tíos paternos en la comuna de Casablanca, quienes se encontrarían totalmente dispuestos a cuidarlos durante la etapa de diagnóstico. Antes de resolver sacar a los niños de su hogar paterno, como lo recomienda la OPD, el tribunal de familia cita a una audiencia confidencial a los restantes hermanos y a los tíos paternos, “con urgencia” para el 19 de octubre, es decir, dieciocho días después de la audiencia en que recibe el informe de la OPD. Además, dispone otras diligencias diagnósticas y fija audiencia de juicio para el 8 de

Para la directora de la OPD de Cerro Navia, Paula Santander<sup>35</sup>, era fundamental que en ese momento los niños salieran del hogar de su padre, pues había preocupantes evidencias de maltrato y de que los niños estaban siendo silenciados por el padre. La jueza competente de Familia lo habría reconocido así, pero tenía mayor preocupación por la continuidad escolar de los niños, que se vería afectada con su traslado a la comuna de Casablanca, lo que en opinión de la directora de la OPD era claramente un mal menor. Entretanto, el 27 de noviembre de 2007 se presenta ante la OPD el padre de los niños, solicitando su internación, por problemas socioeconómicos. La OPD le cita a una entrevista para el 5 de diciembre, ocho días más tarde, a la que no comparece el padre; desde entonces, la OPD pierde contacto con él y con los niños, a pesar de realizar diversas visitas y citaciones infructuosas<sup>36</sup>. En ese contexto, se celebra la audiencia de juicio el día 8 de febrero, pero fracasaría por no haberse realizado todas las diligencias diagnósticas requeridas<sup>37</sup>, y por la indicación de la OPD de Cerro Navia, de que ahora los tíos no estaban dispuestos a hacerse cargo de los niños. El tribunal vuelve a fijar fecha para audiencia de juicio, ahora para el 3 de abril, es decir, dos meses más tarde. En esta ocasión, el tribunal de familia no adopta ninguna decisión efectiva sobre la protección de los niños, cuyo paradero es desconocido por la OPD; la única diligencia que les atañe directamente es la reiteración de la orden de que se elabore un nuevo diagnóstico sicosocial de su situación, orden que ya había sido emitida cuatro meses antes, sin resultados.

Esta situación de incomprensible dilación sólo fue interrumpida por la denuncia interpuesta diez días después por el tío de los niños (que supuestamente no estaba dispuesto a hacerse cargo de su cuidado) ante la OPD, señalando que los niños estaban hace semanas con paradero desconocido y había comentarios de los vecinos de que estaban siendo maltratados y en estado de desnutrición en un inmueble

---

febrero de 2008, es decir, para más de cuatro meses después de recibir esta preocupante información de la OPD. *Acta de audiencia preparatoria*, de fecha 1 de octubre de 2007. A la que se tuvo acceso por gentileza de la jueza del caso, Carmen Luz Urzúa, y del administrador de tribunal.

<sup>35</sup> Entrevistada telefónicamente el 3 de julio de 2008.

<sup>36</sup> Informe de la comisión investigadora de SENAME (n. 30).

<sup>37</sup> Según información de prensa, porque los diagnósticos encargados a la OPD no habrían sido concluidos a tiempo por un error del abogado asesor de la misma, que olvidó informarle a la OPD de este encargo formulado por el tribunal; véase "Querrela por maltrato..." (n. 31).

ubicado en las inmediaciones de la vivienda de su padre. La OPD dio noticia inmediata a Carabineros, y se procedió a la búsqueda y rescate de los niños, siguiendo la información proporcionada por los vecinos. Los niños, puestos a disposición del Tribunal de Familia de Pudahuel, fueron objeto de una medida cautelar y, finalmente, quedaron a cuidado de sus tíos paternos, familia que es ingresada a un programa de apoyo sicosocial y económico.

Este caso constituye, con independencia de las responsabilidades de una y otra instancia (OPD y tribunal de familia), *un ejemplo muy preocupante de los déficits de la institucionalidad para la protección de los niños frente al abuso y maltrato que puedan sufrir en sus familias*. En otros casos, una explicación habitual de la persistencia de estas situaciones, a veces con desenlaces fatales, se centra en la falta de solidaridad de quienes presencian el maltrato (los vecinos) y guardan un cauteloso silencio. En este caso, en cambio, no falló la solidaridad de los vecinos ni la sensibilidad de otros actores (como la escuela), pero desde la primera denuncia de un vecino hasta la adopción de una medida de protección efectiva que traslada a los niños con sus tíos, transcurrieron siete meses.

La circunstancia de que en este tipo de casos la adopción de una medida de separación no se adopte sin oír antes a los propios niños afectados (lo que parece haber tenido en cuenta el tribunal de familia de Pudahuel al citar a audiencia a los niños, antes de acceder a lo solicitado por la OPD), es algo que normalmente viene exigido por los propios derechos e intereses del niño. Sin embargo, ninguna de estas consideraciones justifica la impresionante dilación observada en este caso. Todas las denuncias de malos tratos deberían tomarse en serio y ser objeto de una intervención inmediata, siquiera para tener indicios claros de cuál es la situación. Además, en ciertos casos, como sugiere la directora de la OPD, incluso, para consultar la opinión de los niños sin la manipulación del progenitor sospechoso de los malos tratos, es necesario acogerlos en un contexto más neutral. Si ello ocurre en el hogar de miembros de su familia extendida, como lo señala la psicóloga Soledad Larraín, los riesgos de una separación temporal entre los niños y su padre son claramente menores que los riesgos de prolongar la situación de maltrato, en un contexto de silenciamiento.

Lo más preocupante de este caso es que no parece ser una situación aislada. Situaciones similares se producen con cierta frecuencia y parecen responder a problemas que, en alguna medida, *son estructurales*.

La propia directora de la OPD de Cerro Navia refiere otro caso, planteado ante el mismo Tribunal de Familia de Pudahuel, en el que

de nuevo el sistema se muestra incapaz de reaccionar de forma oportuna y efectiva para la protección de niños víctimas de abusos. La afectada esta vez fue una niña de doce años de edad, residente en la comuna de Melipilla, que el año 2005 fue abusada sexualmente por la pareja de la madre. Una primera medida de protección, por la que se retiró a la niña del hogar de su madre, para dejarla al cuidado de su abuela, fracasó poco tiempo después cuando la propia abuela devolvió la niña a su madre. El caso llegó a conocimiento de la OPD de Cerro Navia el año 2007, porque el padre de la niña se acercó a este organismo señalando que la madre no le permitía visitar a su hija, añadiendo que tuvo información de que la pareja de la madre volvió a abusar de la niña. La OPD, apoyada en informes de la directora del COSAM de Melipilla y del SML, que incluían un relato de la niña y de su hermano que confirmaba el abuso sexual en contra de la primera además de malos tratos físicos en contra de ambos, solicitó al tribunal de familia de Pudahuel que dispusiera, como medida cautelar, que la niña se fuera a vivir con una tía paterna. La solicitud fue rechazada por el tribunal, sin que la OPD de Cerro Navia haya logrado entender sus razones, según lo señala su directora.

El estudio de los factores “estructurales” de esta dificultad para brindar protección oportuna y eficaz en estos casos y otros similares excede de las posibilidades de este informe, pero a lo menos deben enunciarse las siguientes:

- 1) Falta de capacidad para contar con un diagnóstico oportuno y confiable, por parte del órgano que cuenta con la autoridad para intervenir (tribunal de familia).
- 2) Falta de capacidad para tomar decisiones urgentes, por parte del órgano que cuenta con la presencia territorial y la misión de identificar, diagnosticar y reportar situaciones emergentes de vulneración de derechos del niño (OPD).

En medio de ambos problemas puede apreciarse otro que agrava la situación: la falta de sintonía entre uno y otro órgano (el Tribunal de Familia y la OPD) en varias jurisdicciones.

- 3) Falta de alternativas intermedias –entre la permanencia del niño en la familia y su institucionalización–, para cortas estadías fuera del hogar en fase de diagnóstico.

Sobre el primer problema, una jueza de familia<sup>38</sup> señala que esta dificultad para contar rápidamente con una versión confiable de los hechos y de la situación de los niños es un problema serio, que im-

---

<sup>38</sup> Entrevistada el 23 de junio de 2008, prefirió mantener su identidad en reserva.

pide por completo cumplir con las exigencias de la Ley de Tribunales de Familia respecto de los plazos en que deben celebrarse las audiencias en casos de protección de derechos del niño (cinco días para la audiencia preparatoria y diez días para la de juicio), o adoptar medidas cautelares oportunas. Los problemas parten por la dificultad para notificar a quienes deben ser oídos, pues Carabineros tarda a lo menos quince días en realizar estas notificaciones<sup>39</sup>, y el Centro de Notificaciones de los Tribunales de Familia todavía más. Pero las dilaciones más severas se producen en la elaboración de los diagnósticos, que puede demorar varios meses, en el caso de los programas de DAM<sup>40</sup>, o hasta un año, en el caso del SML.

La jefa del DEPRODE del SENAME, Angélica Marín<sup>41</sup>, acusa un problema de falta de cobertura de los programas de diagnóstico ambulatorio, aclarando que, si bien los diagnósticos no tardan demasiado, hay listas de espera que retardan bastante la fecha en que comienzan a realizarse. Aun así, la jefa del DEPRODE indica que el diagnóstico con niños requiere de plazos compatibles con el complejo proceso que a menudo deben experimentar –especialmente los más pequeños– para llegar a expresar su propia versión sobre los hechos.

En cualquier caso, el nivel de certezas que se requiere para una intervención cautelar no es el mismo que el requerido para una decisión permanente sobre la situación del niño. La psicóloga Soledad Larraín indica que las sospechas fundadas de la existencia de maltrato deben bastar para una intervención cautelar, y éstas se pueden obtener en veinticuatro horas. El asunto es, según Soledad Larraín, que:

“los profesionales que intervienen en todo el sistema, los que detectan el caso, la policía, los tribunales de familia, deberían tener criterios de evaluación de riesgo, como los que se han desarrollado en los sistemas de protección de otros países, a partir de los cuales se puede estimar la plausibilidad de la denun-

---

<sup>39</sup> La subsecretaria de Carabineros, Javiera Blanco, se muestra consciente de este problema, pero señala que un objetivo institucional es liberar a Carabineros de esta función, que no forma parte de su misión, y que perfectamente podría ser desempeñada por otro organismo, permitiendo a Carabineros concentrarse en tareas que sí están en el centro de su misión.

<sup>40</sup> Hasta nueve meses, según el psicólogo Elías Escaff, director del magíster en Psicología Forense de la UDP y ex gerente de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos, del Ministerio Público.

<sup>41</sup> Entrevistada el 1 de julio de 2008.

cia y el nivel de peligro de que el maltrato o abuso se vuelva a repetir; y eso debería determinar la inmediatez de la intervención, intervención que debe estar orientada a dar protección al niño”<sup>42</sup>.

A este respecto, es importante tener en cuenta los estándares propuestos por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. En un caso similar, y teniendo en cuenta que los niños pueden experimentar sufrimiento por las deficiencias del sistema de intervención judicial frente a la violencia y el abuso que viven al interior de las familias, el Comité ha expresado su preocupación frente al hecho de que: “sólo la policía, y no un trabajador social, tenga la autoridad para sacar al niño de su hogar en situaciones de abuso y negligencia, lo que puede agravar el trauma sufrido por el niño”, por lo que recomendó “dar la necesaria autoridad legal a los servicios sociales para adoptar medidas urgentes para proteger a los niños de abuso”<sup>43</sup>.

El tercer problema indicado se refiere a la *falta de soluciones intermedias* que eviten los costos de dos opciones que en muchos casos pueden ser muy extremas: por un lado, la permanencia del niño en el hogar parental cuando hay serios indicios de maltrato y abuso; por otro lado, la institucionalización prematura del niño en un hogar de protección, que arriesga con desarraigar al niño de su familia, pese a que todavía es necesario confirmar las sospechas, o todavía se puede trabajar con la familia. La experiencia comparada da cuenta de la necesidad de contar con alternativas de acogida de corta estadía en el ámbito local, altamente calificadas, y que no impliquen un desarraigo para el niño. Estas alternativas en ciertos casos pueden implementarse con la propia familia extendida, a la que se puede brindar en caso necesario apoyo sicosocial y económico<sup>44</sup>. También pueden implementarse, a falta de opciones fiables en la familia extendida, con otras familias previamente escogidas y capacitadas para servir como un recurso de acogida urgente y por plazos eventualmente muy breves<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Soledad Larraín, consultora de UNICEF, entrevistada el 2 de julio de 2008.

<sup>43</sup> En su informe sobre San Vicente y las Granadinas, citado por Rachel HODGKIN y Peter NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª ed., Ginebra UNICEF, 2007, p. 269 (traducción nuestra).

<sup>44</sup> Que fue, finalmente, la medida adoptada respecto de los hermanos maltratados en Cerro Navía.

<sup>45</sup> Un ejemplo de esta segunda alternativa son las *famiglie risorsa* (“familias-recurso”) italianas, por ejemplo, bajo la modalidad de los grupos-familia promovidos por la Asociación



De hecho, el propio gobierno de Chile, al presentar ante el Congreso su propuesta de nuevo sistema de atención del SENAME, en el marco de la discusión del proyecto de ley de subvenciones de este organismo (aprobada en 2004), originalmente señaló entre sus innovaciones dentro de la línea de internados: “la diferenciación de una línea residencial que permita ofrecer acogida a niños en situaciones de crisis emergentes, por breve plazo, mientras la situación se normaliza o el juez decide una acogida más permanente”<sup>46</sup>. Esta propuesta, sin embargo, no se ha desarrollado efectivamente en el ámbito local en las diversas comunas del país.

El déficit de este tipo de alternativas reduce las opciones de protección en casos en que una estimación inicial del riesgo hace aconsejable una intervención inmediata, pero en los que la autoridad razonablemente quiere evitar los peligros asociados a la institucionalización del niño en hogares de protección tradicionales, de diseño masivo, de larga estadía y normalmente alejados de la residencia, la escuela y el barrio del niño. Una parte de los casos en que se aprecia inacción por parte del tribunal parece explicarse por esta falta de opciones menos radicales que el recurso a los internados más tradicionales.

A la luz de estos problemas estructurales, una iniciativa bien inspirada, como la creación, en noviembre de 2007, de un “centro de medidas cautelares” para los tribunales de familia de la RM<sup>47</sup>, no

Murialdo en la ciudad de Padova desde la década de 1970, destinados a acoger en el seno de una familia hasta a dos niños en dificultad, del mismo barrio, función que es entendida por las familias como una acción de voluntariado, pero altamente calificado. Otra opción son las casas de acogida de emergencia, de tamaño pequeño, y también alta calificación, situadas en el ámbito local, como el Instituto de San Domenico en Nápoles, que ofrece acogida de emergencia a nivel local para tres a diez niños. Véase Valerio DUCI, “Una vida normal fuera de los orfanatos: el proceso de desinternación de niños en Italia. Un camino de la posguerra”, en Mario FERRARI, Jaime COUSO, Miguel CILLERO y Nigel Cantwell (coord.), *Internación de Niños: ¿el comienzo del fin?*, Florencia, Italia UNICEF, 2002, pp. 25 y 35.

<sup>46</sup> Exposición del subsecretario de Justicia Jaime Arellano, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, con motivo de la discusión del proyecto de ley que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención, sesión 9ª, 7 de julio de 2004, en <http://www.senado.cl/sesiones/fset/diar/21040819165134.html>, visitada el 26 de junio de 2008.

<sup>47</sup> La iniciativa fue gatillada por algunos dramáticos casos de femicidio, cometidos en contra de mujeres que habían formulado denuncias en estos tribunales, sin obtener la protección oportuna, a veces porque las audiencias en las que se discutiría la adopción de medidas cautelares se fijaban para meses después de la denuncia. La iniciativa fue registrada por la prensa: “Crean Centro de Medidas Cautelares”, en *La Tercera*, Santiago, 17 de octubre de 2007.

ha logrado incrementar de manera sustantiva la capacidad de estos tribunales para brindar protección oportuna y efectiva a los niños víctima<sup>48</sup>. El nuevo centro, según lo sostenido por el presidente de la Corte Suprema al momento de su creación, resolvería la solicitud de medidas cautelares en un plazo máximo de veinticuatro horas y atendería a los solicitantes directamente o por derivación desde el tribunal que viene conociendo del caso<sup>49</sup>. La iniciativa puede ser muy positiva para ofrecer una respuesta más oportuna a casos en que es urgente una decisión. Las primeras cifras dan cuenta de una capacidad de respuesta importante, pero sobre todo en causas por violencia intrafamiliar. Lo mismo no ocurre en casos de malos tratos y abusos en contra de niños<sup>50</sup>, que, aun cuando sean conocidos en audiencias celebradas con mayor celeridad, de todos modos siguen planteando la compleja necesidad de generar información confiable, sistematizada en evaluaciones de riesgo más sofisticadas, así como de contar con opciones de protección más diferenciadas que las actuales.

Otros casos<sup>51</sup>, que también dan cuenta de los serios problemas del circuito de protección a los niños-víctimas, incluso, en el ámbito de la justicia penal, hacen patente, además, una falta de alternativas de protección eficaces para “casos difíciles”, entendiendo por tales aquéllos que ya han sido objeto de numerosos intentos de protección infructuosos a través de medidas más tradicionales.

El primero de ellos se refiere a un niño de diez años de edad, que vive en la comuna de Puente Alto, y que hace cuatro años fue agredido sexualmente por su padre. A raíz de esa agresión fue acogido, junto a sus hermanos, en un centro residencial de protección, donde

---

<sup>48</sup> Para ninguno de los entrevistados –a los que en general se les formuló una pregunta sobre la materia– la situación de la protección a los niños víctimas de malos tratos y abuso ha variado desde la creación del centro de medidas cautelares. De hecho, el propio Tribunal de Familia de Pudahuel ya contaba con un sistema de turnos para decidir medidas cautelares, similares a las del “centro” de la RM, sin que ello haya incidido en una oportuna intervención en el caso de los hermanos maltratados de Cerro Navia.

<sup>49</sup> “Crean Centro...” (n. 47).

<sup>50</sup> La ministra Margarita Herreros señala el 17 de enero de 2008, que de dos mil ochocientas noventa y cinco causas ingresadas al centro desde su creación, por casos de VIF, en novecientas noventa y siete causas se ha dictado una medida de protección inmediata con lo cual se buscaría resguardar de inmediato a aquel integrante del grupo familiar que ha sido agredido (“Valoran eficacia de Centro de Medidas Cautelares”, en *La Nación*, Santiago, 18 de enero de 2008.).

<sup>51</sup> Reportados por la abogada Carolina Díaz, profesional especialista en el tema, que trabaja para programas de reparación a niños víctimas de maltrato de la Corporación Opcción (CEPIJ), entrevistada el 2 de julio de 2008.

manifestó serios problemas de conducta, combinados con un cuadro neurológico por el que era medicado. En el hogar de protección fue objeto de un nuevo abuso. En el contexto de una terapia iniciada tras esta segunda agresión, se promovió el restablecimiento del contacto del niño con sus padres, por lo que empezó a visitar la casa de éstos en diciembre de 2007, pese a una advertencia formulada por el programa CEPIJ de La Florida al hogar de protección, acerca del riesgo aparejado en el contacto del niño con su padre agresor. Durante una de las visitas, que se desarrollaban supuestamente con supervisión de personal del hogar, pero que se extendían cada vez por más tiempo, el niño volvió a ser objeto de violación por su padre, según lo relató en una sesión de tratamiento en el CEPIJ.

Los hechos fueron denunciados a la fiscalía de Puente Alto, que no encontró evidencias suficientes, a pesar de que el niño confirmaba los hechos dando cuenta detallada de cómo sucedió el abuso. El fiscal pidió, para mayor seguridad, un informe de veracidad del testimonio al SML, mientras el niño permanecía en el hogar parental, con el padre que él sindicó como su agresor y una madre que no lo protegía de ese tipo de abusos. El despacho del informe quedó fijado para septiembre de 2008 y, entretanto, el fiscal se negó a formalizar la investigación, aduciendo que seguramente se le fijaría un plazo de investigación breve que se vencería antes de que esté listo el informe de veracidad.

En ese contexto, sin formalización de la investigación en sede penal, la abogada del CEPIJ manifiesta que ni siquiera podía pedir una medida cautelar ante el tribunal de garantía, teniendo que recurrir, por tanto, al tribunal de familia, el cual exploró la posibilidad de internar al niño en un hogar de protección, pero éste, en el pasado, había demostrado dificultades para adaptarse a la vida en un hogar de protección, con episodios en los que se escapaba y pasaba varios días viviendo en situación de calle. El CEPIJ solicitó, entonces, al tribunal de familia la salida del agresor del hogar familiar; pero el tribunal se negó, porque la duración máxima que ofrece la ley para esa medida, sesenta días, no era suficiente para resolver el problema pues después el padre podría de todos modos volver al hogar. Fuera de ello, la medida no le parecía eficaz, ya que la madre no se mostraba dispuesta ni capacitada para hacer cumplir una prohibición de acercamiento que afectase al padre.

El tribunal de familia de San Miguel dispuso el ingreso del niño a un nuevo hogar de protección, en el cual duró apenas cuarenta y ocho horas para luego volver a la casa de sus padres, donde nueva-

mente vivía con su agresor. El CEPIJ presentó un informe de esta situación al tribunal de familia, quien citó, por indicación del consejero técnico encargado de clasificar la presentación, a una audiencia de revisión de la medida, fijada para un mes después. No se le dio a la presentación del CEPIJ el tratamiento de una solicitud de “medida cautelar”, pues formalmente ya existía una medida decretada (incumplida), que ahora sólo correspondía revisar. El hogar de protección, por su parte, no informó de la salida del niño, ni le realizó una visita en la casa de sus padres para verificar su situación. Cuando volvió a ocuparse del caso, poco más de un mes, el tribunal de familia lo envió de vuelta al hogar de protección, donde permaneció doce horas, para luego volver a la casa de los padres. El CEPIJ volvió a informar al tribunal de familia de este nuevo fracaso de la medida de protección, sin que desde entonces haya existido ninguna acción de protección efectiva, a la espera de que el caso sea evaluado por el consejero técnico, situación que se mantiene por un mes y medio hasta el momento de la entrevista.

El segundo caso se refiere a una niña de trece años, de la comuna de San Bernardo, que el año 2007 fue abusada sexualmente por el conviviente de su madre. Una investigación penal iniciada por la fiscalía no ha tenido avances sustantivos. Como medida de protección fue internada por el tribunal de familia en un hogar de protección, desde el cual se le egresó con posterioridad para vivir con su abuela materna. Una semana después, la abuela, aparentemente por solicitud de la misma niña, la devolvió a su madre, quien seguía conviviendo con el agresor. El CEPIJ informó al tribunal de familia de esta situación, pero este señaló que no puede hacer nada, pues la niña ya ha hecho el mismo recorrido tres veces, siempre con el mismo resultado, dado que ella, definitivamente, quiere vivir con su madre. La única acción de protección que se logró en sede de la justicia de familia fue la reinserción escolar de la niña, bajo la supervisión de la OPD. El programa CEPIJ debió egresar el caso, con la única esperanza de que el trabajo reparatorio que alcanzó a efectuar haya sido lo suficientemente eficaz como para promover conductas de autocuidado en la niña, de modo que ella misma pueda protegerse del agresor sexual en el futuro. La terapia no pudo continuar, según explica la abogada Carolina Díaz, pues el esfuerzo de resignificación del agresor como una figura negativa para su integridad resultaba demasiado contradictorio con su realidad cotidiana, en la que el agresor es reconocido positivamente, como la pareja de su madre y sostén económico de la familia.

En ambas situaciones, la oferta del sistema de protección ha resultado insuficiente para resolver en forma diferenciada estos casos “difíciles”, para los cuales los sistemas de protección residenciales disponibles no resultan idóneos o eficaces.

*2. Cuando el deber de protección y reparación a los niños-víctimas queda subordinado a las necesidades probatorias para la persecución penal*

En los casos de malos tratos y abusos en contra de niños que son constitutivos de delito, la persecución de responsabilidad penal del agresor plantea, en ocasiones, necesidades que pueden entrar en colisión con la reparación oportuna del niño víctima y su protección frente a la victimización secundaria. En tales casos, en contradicción con las exigencias del principio del “interés superior del niño”, con frecuencia se privilegia las necesidades de la persecución penal. En cualquier caso, varias de esas situaciones de tensión podrían resolverse de forma más óptima para ambos intereses, si se tomara más en serio las necesidades de reparación del niño y de protección frente a la victimización secundaria.

*Reparación postergada por intereses de persecución penal*

El sicólogo Elías Escaff, reconocido experto en la materia, plantea su preocupación por una práctica de algunos fiscales del Ministerio Público, en causas penales por abuso sexual cometido en contra de niños: el retardo deliberado en el inicio de tratamiento reparatorio para un momento posterior a la práctica de la pericia sobre daño psicológico experimentado por el niño. Esta práctica se fundaría en una tesis, muy discutible según Elías Escaff, conforme a la cual la prueba pericial sobre el daño psicológico experimentado por el niño se vería deteriorada a consecuencia del proceso de reparación. El punto es que este daño psicológico se convertiría, en casos en que faltan evidencias físicas de abuso sexual, en un indicio fundamental de la ocurrencia del abuso, y la “desaparición” del daño, por efecto del tratamiento psicológico reparatorio, haría desaparecer también dicha evidencia. Y dado que los peritajes tardan entre seis y nueve meses en practicarse (a causa de la falta de cobertura suficiente de los sistemas de diagnóstico pericial), entonces algunos fiscales omiten deliberadamente enviar a los niños a terapia durante todo ese tiempo de espera.

La práctica es ciertamente perversa, y encuentra su explicación, tanto en problemas de gestión como en la definición de prioridades institucionales en el ámbito de los objetivos perseguidos por el Minis-

terio Público: primero está la persecución penal eficaz –conducente a una condena– y, luego, en un segundo plano, la protección y reparación oportuna a las víctimas. La abogada Carolina Díaz confirma la existencia de esta práctica, añadiendo una explicación alternativa: en algún caso en que se ha practicado la reparación antes de que el niño preste testimonio en juicio, la defensa ha objetado exitosamente este testimonio por estar “contaminado” con el trabajo terapéutico, que lo habría inducido a construir un relato inculpatario artificial, producido por la misma terapia y sus procesos de “resignificación”; ello llevaría a los fiscales a evitar la derivación del caso a reparación hasta después del juicio. A su vez, los peritos también habrían sido en alguna ocasión calificados como parciales, cuando, después de evaluar al niño, lo han derivado a reparación, lo que daría cuenta de un involucramiento terapéutico con él, que iría más de la acción “neutral” de diagnosticar; esto llevaría a ciertos fiscales a disuadir a los peritos de realizar este tipo de derivación con ocasión de la práctica de la pericia.

Estas prácticas, que dilatan de manera inaceptable el acceso de los niños a la reparación, se pueden resolver, por una parte, estableciendo la prioridad de la reparación y, por la otra, mejorando la gestión del sistema, de modo de realizar un diagnóstico temprano, y promoviendo sistemas de anticipación de prueba, a los que se hará referencia en el siguiente punto. La prioridad de la reparación, en algunos casos, podría pasar por la intervención paralela de la fiscalía, en la investigación penal y la justicia de familia en la reparación. Pero en muchos de estos casos la derivación a programas reparatorios tampoco se realiza a través de los tribunales de familia, puesto que, a menudo, éstos ni siquiera han llegado a conocer de la situación. La práctica de Carabineros, según explica la abogada Carolina Díaz, es notificar sólo a la fiscalía cuando la causa es calificada como delito. Y los fiscales no estarían enviando los casos a los tribunales de familia a causa de una normativa interna del Ministerio Público, que señala que los fiscales sólo pueden actuar ante los tribunales con competencia penal; esta normativa se vería incumplida si remiten antecedentes a los tribunales de familia y luego se ven en la necesidad de comparecer antes los mismos. Este problema se resolvería fácilmente, estableciendo la obligación a Carabineros de notificar paralelamente, tanto a la Fiscalía como al tribunal de familia.

## 2.2 *Victimización secundaria por descoordinaciones entre organismos que intervienen en la investigación.*

Un estudio realizado por UNICEF y el ICSSO de la UDP, sobre la situación de los niños víctimas de abuso sexual en el proceso penal<sup>52</sup>, da cuenta de la ocurrencia de situaciones de victimización secundaria a causa de la repetición excesiva de interrogatorios y evaluaciones físicas y psicológicas a los niños víctima. Esta situación se produce, en buena medida, a causa de la descoordinación entre instituciones y programas involucrados en la investigación y tratamiento del problema, así como por características de la práctica de prueba en el proceso penal. Refiriéndose al mismo estudio, la psicóloga Soledad Larraín explica que hay niños interrogados hasta nueve veces por los mismos hechos, pues cada agente lo hace en pos de sus propios intereses institucionales.

La investigación de las situaciones de violencia y abuso en contra de los niños es un deber del Estado, tanto en procedimientos penales como de familia. Pero la investigación también puede vulnerar sus derechos. Por ello el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas abogó por una investigación “sensible a las necesidades del niño”, evitando “someter a los niños víctimas de abuso a reiteradas entrevistas”<sup>53</sup>. En ese contexto, el Comité recomendó, por ejemplo, a Costa Rica asegurarse de que

“los procedimientos legales aplicados en casos de abuso infantil sean sensibles a las necesidades de los niños, respeten la privacidad del niño y prevengan su revictimización, *inter alia*, aceptando el testimonio del niño registrado en un medio audiovisual como evidencia admisible”<sup>54</sup>.

De hecho, una modificación reciente al *CPP*, a través de la ley N° 20.253, incorporó la posibilidad de prueba anticipada en estos casos<sup>55</sup>, en los que debería convertirse en una práctica generalizada.

<sup>52</sup> UNICEF / ICSSO-UDP, “Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el marco de la reforma procesal penal. Informe Final”, Santiago, agosto de 2006, en [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl). Visitado el 3 de abril de 2008.

<sup>53</sup> En un informe sobre la República Checa, citado por HODGKIN y NEWELL (n. 43), p. 268 (traducción nuestra).

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 269 (traducción nuestra).

<sup>55</sup> En el nuevo artículo 191 bis del *CPP*, cuyo inciso 1° dispone: “Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el

Según Soledad Larraín, cuando se trata de niños víctimas el testimonio debería ser recibido una sola vez –a través del mecanismo de la prueba anticipada– en no más de una semana a contar de la denuncia de los hechos.

### *3. Tratamiento de los niños víctimas de explotación sexual comercial como delincuentes más que como víctimas*

En un reciente informe especial sobre la violencia y explotación sexual de niños en Chile<sup>56</sup>, del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas expresa su preocupación por que: “la legislación no siempre se aplique adecuadamente y que los niños utilizados en la prostitución y la pornografía no siempre son considerados víctimas sino que podrían considerarse delincuentes”, recomendando, en consecuencia, que Chile:

- “a) Asegure que los niños víctimas de cualesquiera de los delitos enunciados en el Protocolo Facultativo no sean penalizados ni sancionados y que se tomen todas las medidas posibles para evitar su estigmatización y marginación social.
- b) Siga adoptando todas las medidas legislativas y de aplicación necesarias para que, en el trato que da el sistema de justicia penal a los niños que son víctimas de los delitos mencionados en el Protocolo Facultativo, sean considerados víctimas y no delincuentes...”<sup>57</sup>.

Según la directora del DEPRODE del SENAME, Angélica Marín, efectivamente hay un comportamiento de esa naturaleza en algunos actores, si bien el SENAME ha intentado contribuir a un cambio de cultura en esos otros actores. La abogada Carolina Díaz también

---

Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”.

<sup>56</sup> Informe de fecha 18 de febrero de 2008, en el que el Comité realizó un examen de los informes presentados por los Estados-partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en <http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/829/1288/documents/es/doc/text.doc>, visitada el 30 de junio de 2008.

<sup>57</sup> Informe de fecha 18 de febrero de 2008... (n. 56).



tiene la impresión de que en Chile a las víctimas de ESCI se las trata más como delinquentes que como víctimas, especialmente negándose credibilidad a los relatos que formulan sobre abusos de los que son objeto. Por su condición de “prostitutas” dejan de ser vistas como niñas, sino como adultas, como prostitutas adultas.

Un reciente caso relatado por esta profesional da cuenta de la existencia de este prejuicio, y la consiguiente indefensión en que las niñas y niños víctimas de ESCI pueden quedar. En la fiscalía de Iquique hace dos meses se presentó el caso de una adolescente de quince años, que era usuaria de un programa de ESCI de la Corporación Opción. La pareja de la adolescente, un hombre mayor de edad, traficante de drogas, ejercía violencia intrafamiliar en contra de ella, dejándola a veces con visibles señales de los golpes. La adolescente era una “muy buena usuaria del programa”, asistiendo regularmente a todas las sesiones, en las que daba señales de comenzar a tomar conciencia de la necesidad de salir de ese espiral de violencia y explotación. Pero un día, hace aproximadamente dos meses, dejó de asistir a las sesiones sin dar ningún aviso, ausentándose por más de una semana. El programa de ESCI denunció el caso a la Fiscalía como presunta desgracia, lo cual se negó a investigarlo, aduciendo que se trataría de una conducta normal en una joven que ejerce el comercio sexual. El programa insistió en la solicitud de investigación, con apoyo de la supervisora del SENAME, con quien levantó la tesis de un posible femicidio, obteniendo también apoyo de SERNAM y del Ministerio de Justicia. Finalmente, y a raíz de la presión pública que esta tesis generó en relación con el caso, se obtuvo que la Fiscalía pidiese un orden de búsqueda de la niña. Cuando Investigaciones se dirigió al domicilio de su pareja, se la encontró con vida, pero encerrada y secuestrada desde hacía un mes, absolutamente drogada y con signos evidentes de maltrato. Esta intervención seguramente evitó consecuencias más dramáticas en este caso, pero el sufrimiento y los daños experimentados hubiesen sido mucho menores si la Fiscalía hubiere reaccionado a la primera denuncia, ordenando la búsqueda. Según Carolina Díaz, la omisión de este órgano, basada en la asunción de que “así son las prostitutas”, da cuenta de los estereotipos y prejuicios que se proyectan en contra de las víctimas de ESCI.

*4. Deficiencias en los sistemas de registro y monitoreo  
de casos de violencia y abuso, e inexistencia de una institución  
independiente de protección de los derechos del niño*

En su tercer informe sobre el caso chileno, de fecha 2 de febrero de 2007, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas

“lamenta la falta de estadísticas actualizadas sobre víctimas de casos de violencia, especialmente sexual e intrafamiliar, el reducido número de investigaciones y sanciones relativas a esos casos, y la falta de medidas disponibles para la recuperación física y psicológica, así como para la reintegración social”

y

“urge al Estado parte a reforzar los mecanismos de monitoreo del número de casos y la extensión de la violencia, el abuso sexual, los malos tratos y la explotación, cubierta por el artículo 19, incluyendo la que se produce al interior de la familia, en las escuelas, en el cuidado institucional o de otro tipo”<sup>58</sup>.

Un informe especial sobre el tema elaborado por organizaciones de la sociedad civil (Informe Alternativo) señala, al respecto:

“En primer lugar, es importante llamar la atención acerca de que, sobre las temáticas que aquí nos ocupan, no existen estadísticas confiables que den cuenta de la dimensión numérica del problema. Somos conscientes de la dificultad de consignar dichas cifras, frente a fenómenos complejos, socialmente naturalizados y difíciles de detectar. Sin embargo, consideramos que dicha carencia demuestra también que son temáticas de baja prioridad política... Aunque el Informe del Estado de Chile se hace cargo de la dificultad para obtener datos, no presenta ninguna propuesta o intención al respecto”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Informe de fecha 2 de febrero de 2007 (n. 5).

<sup>59</sup> “Informe Alternativo al Informe inicial del Estado de Chile sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, elaborado por ECPAT, Raíces, Paicaví y la Red de ONGs de Infancia y Juventud en Chile, en junio de 2007, disponible en <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=16152&flag=legal>. Visitada el 22 de junio de 2008.

Si bien en el período analizado el Estado de Chile hizo algunos esfuerzos por cumplir con las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, posteriormente ellos fueron considerados por el propio Comité, en un informe especial sobre la violencia y explotación sexual de niños<sup>60</sup>, como claramente insuficientes. Las observaciones de este reciente informe del Comité dan cuenta de que Chile por largo tiempo ha postergado la adopción de las medidas institucionales necesarias para la protección de los derechos de los niños víctimas de violencia y, en general, necesitados de protección en sus derechos.

Así, el Comité observa que en el reporte enviado por Chile

“figuran algunos datos estadísticos sobre delitos sexuales y agradece los esfuerzos del SENAME para recopilar información sobre la explotación económica de los niños... lamenta que todavía son limitados los datos sobre la magnitud del problema de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y sobre el número de niños víctimas de estas actividades, principalmente debido a la falta de un sistema integral de reunión de datos”,

y por ello recomienda “que se establezca un sistema integral de reunión de datos... que constituyen instrumentos esenciales para evaluar la aplicación de las políticas”<sup>61</sup>.

Angélica Marín, directora de DEPRODE de SENAME, se muestra extrañada por esta observación, porque Chile sí cuenta con un estudio (del año 2003), que se emplea como base para la definición de

---

<sup>60</sup> Informe de fecha 18 de febrero de 2008.. (n. 56).

<sup>61</sup> El Ministerio Público cuenta con registros desagregados de causas iniciadas, vigentes y terminadas por hechos constitutivos de delitos sexuales en contra de víctimas menores de edad, que a solicitud nuestra nos fueron facilitados por el director ejecutivo de esa institución y el director de su unidad especializada en Violencia Intrafamiliar. Sin embargo, seguramente a causa de que el principal interés institucional de este servicio es la persecución penal, la información se registra con el foco puesto en las causas por delitos sexuales ingresadas al sistema penal, y no en los niños que son víctimas de los mismos y su situación; tampoco es un dato relevante para el Ministerio Público la cifra oscura existente en estos delitos (los atentados sexuales cometidos en contra de niños, pero que no fueron denunciados). Así, el registro de causas ingresadas sirve realmente como instrumento de monitoreo de la labor de persecución penal encomendada al Ministerio Público, pero no para apreciar en su real magnitud y características la situación de los niños víctimas de violencia, como insumo que permita desarrollar políticas públicas integrales para la protección de los mismos.

los programas de protección, incluso, territorialmente. Además, el sistema de registro de las peores formas de trabajo infantil también permitiría obtener información de nuevos casos, a medida que se presentan. El Informe Alternativo considera que:

“si bien existe mayor cantidad de estudios y ciertos intentos por cuantificar la problemática, las cifras existentes no corresponden a registros estadísticos de carácter nacional y actualizado, sino que son productos de registros parciales o proyecciones... El Estado no invierte lo suficiente en conocer estas problemáticas y tampoco impulsa la difusión del conocimiento generado por ONGs”<sup>62</sup>.

Como se señaló, este déficit de información y capacidad de monitoreo sobre los niños que son víctimas de situaciones de violencia y abuso, en sus diversas formas y contextos, tiene, para el Comité, una explicación institucional que Chile no ha querido enfrentar. En efecto, desde su primer informe de evaluación de las medidas implementadas por Chile, para dar cumplimiento a la CDN, de fecha 25 de abril de 1994, el Comité señaló la necesidad de contar con una institución independiente de protección de los derechos del niño, con competencias para investigar y monitorear las situaciones que amenazan o vulneran los derechos del niño<sup>63</sup>.

Posteriormente, en su segundo informe, de fecha 3 de abril de 2002, el Comité expresó

“su preocupación porque no se ha establecido un mecanismo nacional general con el mandato de llevar a cabo una supervisión y una evaluación constantes en todo el país de la aplicación de la Convención, según lo recomendado anteriormente –y alentó– al Estado Parte a que ...establezca un mecanismo independiente y eficaz, dotado de recursos humanos y financieros suficientes y al que puedan acceder fácilmente los niños para que: a) Vigile la aplicación de la Convención; b) Resuelva de forma expedita y respetuosa para el niño las denuncias presentadas por los niños; y c) Establezca recursos para hacer

---

<sup>62</sup> “Informe Alternativo...” (n. 59)

<sup>63</sup> “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile”, 22 de abril de 1994, CRC/C/15/add. 22, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)CRC.C.156.Add.22.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)CRC.C.156.Add.22.Sp?OpenDocument), visitada el 2 de junio de 2008.

frente a las violaciones de los derechos que les correspondan en virtud de la Convención”<sup>64</sup>.

El tercer informe, de fecha 2 de febrero de 2007, tras reconocer que varias recomendaciones del informe anterior fueron tenidas en cuenta por Chile, nuevamente

“lamenta que otras preocupaciones y recomendaciones han sido tenidas en cuenta sólo en forma parcial o insuficiente, incluyendo las que se refieren a la legislación, coordinación, monitoreo independiente...”

y por ello “urge al Estado parte a tomar todas las medidas necesarias para hacerse cargo de esas recomendaciones”; en particular, si bien toma nota del proyecto de ley sobre protección de los derechos del niño presentado al Congreso en 2003, “reitera ...su preocupación por la inexistencia de una Institución de Derechos Humanos independiente que proporcione a los niños mecanismos accesibles de denuncia y reparación”<sup>65</sup>.

En el período analizado por este informe, Chile no adoptó ninguna medida efectiva para dar cumplimiento a esta exigencia. De hecho, el proyecto de ley de protección de los derechos del niño se encuentra por completo abandonado por el Poder Ejecutivo y el Congreso, sin experimentar avance alguno. Tampoco se han adoptado medidas para la creación de una institución nacional de protección de los derechos del niño. La última referencia del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas a esta omisión sistemática del Estado chileno es precisamente la del informe de febrero de 2008, en la que este órgano

“reitera su preocupación, expresada tras el examen del tercer informe periódico de Chile... por la falta de una institución nacional de derechos humanos independiente que permita a los niños el acceso a un mecanismo de denuncia y reparación”,

---

<sup>64</sup> “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile”, 3 de abril de 2002, CRC/C/15/Add. 173, en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/01b3cc1b90d697eldc1256bcd0033f9fe/\\$FILE/G0240986.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/01b3cc1b90d697eldc1256bcd0033f9fe/$FILE/G0240986.pdf)

<sup>65</sup> Informe de fecha 2 de febrero de 2007 (n. 5).

así como por “la falta de mecanismos sistemáticos y coordinados a nivel nacional que se ocupen de los derechos y las necesidades de los niños víctimas de manera más amplia y coordinada”, recomendando al Estado de Chile que “vele por la rápida aprobación de la ley de protección de los derechos del niño” y “acelere el proceso de creación de una institución nacional independiente de derechos humanos”<sup>66</sup>.

### III. INTERNACIÓN DE NIÑOS EN INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN

La CDN protege el derecho de los niños de ser criados preferentemente por sus padres. En el caso de los niños privados de su medio familiar de origen, el Derecho Internacional establece una clara preferencia a favor de dejar el cuidado de los niños a otros familiares o a una familia sustituta –adoptiva o de guarda–; de modo que sólo en defecto de esas opciones, sería lícito el recurso “a una institución adecuada”<sup>67</sup>.

El sistema chileno de protección a la niñez y adolescencia históricamente recurrió en forma amplia a la internación en instituciones, muchas de ellas de diseño masivo, lo que, en muchos casos, en lugar de mejorar la situación de los niños los expone a nuevos riesgos y perjudica severamente su autoestima personal y familiar<sup>68</sup>, al punto

---

<sup>66</sup> El texto completo de esta recomendación específica es el siguiente: “El Comité recomienda al Estado Parte que acelere el proceso de creación de una institución nacional independiente de derechos humanos, a la luz de su Observación general N° 2 (2002) sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño y los Principios de París (resolución 48/134 de la Asamblea General, anexo). Esa institución deberá contar con competencia técnica en materia de derechos del niño, extender su presencia a todo el territorio nacional, y estar dotada de personal adecuadamente formado que sea capaz de atender las denuncias teniendo en cuenta la sensibilidad del niño y asegurar que los niños tengan un fácil acceso a dicho mecanismo independiente de denuncia en caso de violaciones”, en Informe de fecha 18 de febrero de 2008 (n. 56).

<sup>67</sup> Así lo establece el artículo 4 de la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, declaración a la que la propia CDN hace referencia en su preámbulo. Textualmente, el art. 4 dispone “Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva –adoptiva o de guarda– o en caso necesario, una institución apropiada”, en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/27\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/27_sp.htm), visitada el 28 de mayo de 2008.

<sup>68</sup> ESCUELA DE PSICOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, *Diagnóstico del sistema de protección simple del SENAME*, Santiago, Ministerio de Planificación y Cooperación, 1997.

de que en el ámbito internacional, desde la década de 1980, la institucionalización de niños comenzó a ser considerada, más bien, parte del problema que de la solución<sup>69</sup>. Por ello, la Política Nacional de Infancia 2001-2010 considera, dentro de una de sus áreas estratégicas, evitar y reparar los daños causados por

“la muchas veces innecesaria separación de los niños, niñas y adolescentes de sus familias y de su comunidad porque ellas no están en condiciones para atender las necesidades de cuidado y desarrollo de sus hijos e hijas”<sup>70</sup>.

En cumplimiento de ese desafío, el SENAME emprendió, por su parte, una reconversión de su oferta de atención residencial en 2001, dirigida a la desinternación de niños de los hogares de protección, a la reducción del tamaño y las coberturas de los mismos y a promover la participación de las familias en las vidas de los niños internados, a través de programas especiales de fortalecimiento de la relación familiar y preparación para que los niños internados regresen lo antes posible al cuidado de sus familias<sup>71</sup>.

Bajo esa política de desinternación, Chile ha reducido el número de niños en instituciones, desde cerca de veintitrés mil quinientos en 1990<sup>72</sup> a dieciocho mil quinientos trece en 2005<sup>73, 74</sup>, aumentando el

---

<sup>69</sup> Nigel CANTWELL, Miguel CILLERO, Jaime COUSO, Mario FERRARI (coords.) *Internación de niños: ¿el comienzo del fin?*, Santiago, UNICEF, Publicaciones Innocenti, 2002

<sup>70</sup> *Política nacional y plan de acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia 2001-2010*, Gobierno de Chile, marzo de 2001, p. 56

<sup>71</sup> Carolina MUÑOZ, Elaine ACOSTA, Paulette LANDÓN, “Análisis organizacional. Claves para la desinternación de la niñez institucionalizada”, Universidad Alberto Hurtado, documento sin fecha, consultado en [http://sociología.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/articulo\\_perspectivas.pdf](http://sociología.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/articulo_perspectivas.pdf), página visitada el 11 de abril de 2008.

<sup>72</sup> UNICEF, *Chile se construye con todos sus niños y adolescentes. Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia*, Santiago, junio de 2000, p. 95.

<sup>73</sup> Documento de respuesta a las “Preguntas enviadas por el Comité de Derechos del Niño que podrían ser discutidas durante la presentación del III Informe de Chile sobre el cumplimiento de los Derechos del Niño ante Naciones Unidas”, Santiago, MIDEPLAN, 2006, p. 9, al que el *Informe...* tuvo acceso por gentileza de Paulina Fernández, jefa unidad de Infancia y Adolescencia y Coordinadora Observatorio Infancia, División Social, MIDEPLAN.

<sup>74</sup> Esta última cifra contrasta claramente con los quince mil doscientos cincuenta y tres reportados para el año 2005 por Patricia CARMONA, “Institucionalización en Chile: Avances y Desafíos”, Fundación San José, octubre de 2006, consultado en <http://www.fundacionsanjose.cl/wfsj/publicaciones/Patricia%20Carmona%20-%20Institucionalizacion%20en%20Chil.pdf>, página visitada el 11 de abril de 2008.

número de niños protegidos en familias de acogida y en sus propios hogares. En los últimos tres años, sin embargo, como lo indica la directora del DEPRODE del SENAME, Angélica Marín, el número de niños internados en residencias y otros centros de protección de este servicio se ha estancado<sup>75</sup>. Ella atribuye este estancamiento, a que este remanente de niños institucionalizados ya no lo están por situaciones de pobreza, sino por problemas más complejos de resolver, que requieren intervenciones de más largo aliento.

La permanencia de un número todavía masivo de niños en instituciones fue objeto de preocupación del último informe sobre Chile emitido por el Comité de Derechos del Niños de Naciones Unidas, el cual expresó que:

“Si bien toma nota de los esfuerzos destinados a mejorar la colocación en hogares de acogida y de la leve disminución del número de niños colocados en instituciones, al Comité le preocupa que este número siga siendo muy elevado”.

Acto seguido, en el mismo informe

“El Comité recomienda que el Estado Parte siga promoviendo la colocación en hogares de acogida como forma de tutela alternativa y propone que el ingreso en instituciones se utilice sólo como medida de último recurso, teniendo en cuenta el interés superior del niño”<sup>76</sup>.

Fuera de ese problema de estancamiento en el proceso de desinternación de niños, la situación actual de los internados de protección para niños en Chile sigue siendo deficiente desde a lo menos los siguientes puntos de vista:

- i) el diseño masivo que todavía conservan muchos de los centros, en condiciones muy alejadas del derecho del niño a una convivencia de tipo familiar;

---

<sup>75</sup> En una cifra que bordearía los doce mil niños, lo que, sin embargo, no es consistente con el dato de los dieciocho mil quinientos trece niños internados a 2005, que correspondería precisamente al primero de estos “últimos tres años”. La información más relevante, en todo caso, es la que da cuenta de una detención en el proceso de reducción del volumen de niños internados.

<sup>76</sup> Informe de fecha 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, en [http://www.unhcr.ch/TBS/doc.nsf/e121f32fbc58faafc1256a2a0027ba24/b8fa73d9d16ae606c12572f3005325e9/\\$FILE/G0741438.doc](http://www.unhcr.ch/TBS/doc.nsf/e121f32fbc58faafc1256a2a0027ba24/b8fa73d9d16ae606c12572f3005325e9/$FILE/G0741438.doc), visitada el 30 de junio de 2008.



- ii) su incapacidad para proteger y promover efectivamente las relaciones de los niños internos (que no estén en proceso de adopción) con sus familias de origen e intentar el regreso del niño a la misma, incapacidad que se asocia a los prolongados tiempos de permanencia de los niños en un sistema supuestamente definido como “provisorio” y
- iii) la vulneración de los derechos del niño a la privacidad y, en ciertos casos, a la libertad de culto.

### 1. Centros masivos de internación

Los centros de diseño masivo afectan más seriamente la calidad de vida y el sano desarrollo de los niños separados de sus familias, al someterlos a una dinámica de relaciones estandarizadas, donde las reglas y papeles de la institución reemplazan las relaciones interpersonales individualizadas y recíprocas propias de la familia<sup>77</sup>. La sicóloga Soledad Larraín, directora de la principal investigación desarrollada en Chile sobre la situación de los niños institucionalizados en la red SENAME<sup>78</sup>, describe los perjuicios causados por la institucionalización de los niños en instituciones masivas:

“Primero, se da una disminución importante en todo lo que son destrezas sociales para moverse en el mundo, los niños no saben salir a comprar, no están integrados en la comunidad; hasta muy grandes el hogar les provee de todo, y no hacen las cosas normales que hacen todos los niños, como ir a comprar bebidas a la esquina... Después, hay un problema de autoestima importante, un problema con todo lo que es la imagen corporal y la imagen personal, donde es muy difícil fijar límites; en el estudio veíamos niños que nunca habían elegido su propia ropa, nunca decidieron la parka que se podían comprar, donde el tema de los límites personales está muy difuso; son niños en los que su autoimagen y la noción de los límites en relación con los demás están muy dispersos; al final del día lo más grave es la falta de habilidades para desempeñarse en la vida adulta, porque están en un sistema que no es real, no es la forma real de inserción en una comunidad”.

---

<sup>77</sup> Cantwell *et al.* (n. 69); véanse también las referencias a los negativos efectos de la internación en los niños en CARMONA (n. 74), pp. 15-16.

<sup>78</sup> ESCUELA DE PSICOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (n. 68).

Por esas razones, en el rediseño legal del sistema de atención del SENAME, iniciado con su nueva Ley de Subvenciones del año 2004, se contempló:

“el desarrollo de centros residenciales de pequeña cobertura, de ambiente familiar, que tengan un régimen compatible con las relaciones familiares de los niños y su plena participación en los espacios normales exteriores al centro residencial (la escuela, el barrio, las plazas, los centros deportivos, el club infantil o juvenil, etcétera)”<sup>79</sup>.

En el ámbito internacional, los estándares propuestos para las residencias de protección a la infancia enfatizan este aspecto, señalando que:

“Los establecimientos que ofrecen cuidado residencial deberían ser pequeños y organizados en función de los derechos y necesidades del niño/a, en un contexto lo más similar a una familia o situación de grupo reducido”<sup>80</sup>.

Respecto del tamaño de los centros, Soledad Larraín indica que:

“Si vamos a tener niños (menos de los que hay hoy), respecto de los cuales no será posible su inserción en la familia ni su adopción, lo máximo deberían ser ocho a diez niños por centro, para que reprodujera lo que es la relación familiar, que permitiera signos de individualidad, de sus propios proyectos de vida, de sus espacios...; eso no puede ocurrir con más de 8 a 10 niños. Y para los adolescentes, que se pueden hacer cargo de una casa autogestionada, con algún tipo de apoyo, no deberían ser más de 6 a 8 niños”.

---

<sup>79</sup> “Exposición del subsecretario de Justicia Jaime Arellano...” (n. 46)

<sup>80</sup> Directriz 126, “Anteproyecto de las Directrices de Naciones Unidas para el uso apropiado y condiciones del cuidado alternativo de niños/as”, 18 de junio de 2007, presentado por el Gobierno de Brasil (en adelante, “Anteproyecto de Directrices de NU”) y actualmente en proceso de discusión técnica para su presentación a la Asamblea General de Naciones Unidas. Aunque el texto aún no ha sido aprobado, se trata de estándares técnicos ampliamente respaldados y que muy probablemente se convertirán en directrices oficiales en el corto plazo, en <http://www.crin.org/docs/UN%20Guidelines%20-%20spanish.doc>, visitada el 28 de mayo de 2008.

Pero lo cierto es que la mayor parte de los niños internados en instituciones de protección a la infancia en Chile, están en centros muy alejados de esas coberturas y de los estándares señalados por el propio gobierno al presentar ante el Congreso la reforma legal a su sistema de atención, así como de los estándares internacionales recién indicados. En efecto, a marzo del año 2008, de un total de nueve mil quinientos diecisiete niños –desde lactantes a adolescentes– internados en hogares de protección simple, cinco mil ochenta y siete –el 53,4%– están en instituciones de una cobertura superior a las cuarenta plazas, de los cuales, dos mil ochocientos noventa y tres niños –un tercio del total– están en centros de sesenta y una o más plazas<sup>81</sup>.

Angélica Marín, directora del DEPRODE del SENAME explica que en los últimos años se ha reducido el número de centros de más de sesenta plazas<sup>82</sup> y que se privilegian financieramente los centros de tamaño familiar, entendiendo por tales los de hasta veinte plazas, e, incluso, los de menos de cuarenta plazas siempre que tengan un diseño de espacios interiores que permita reproducir la vida familiar. Ante la objeción de que esos tamaños y volúmenes de niños, en realidad, están lejos de cualquier experiencia familiar posible, la directora de DEPRODE admite que el ideal es tener coberturas aún menores, pero señala que bajo los montos de subvención actuales no son viables, y añade que el SENAME proyecta realizar un estudio de los costos reales de las residencias de baja cobertura para tener claridad de cuánto cuesta mantenerlas antes de proponer una modificación de los montos de subvención.

## *2. La internación en instituciones como factor de pérdida del vínculo familiar*

Por lo que respecta al trabajo con las familias de origen, que debe estar dirigido a promover las relaciones con el niño para prepararlos a ambos para la reintegración familiar del niño, se trata de un objeti-

---

<sup>81</sup> Datos contruidos a partir de información estadística que nos fue proporcionada directamente por el director nacional del SENAME, en carta remitida con fecha 2 de abril de 2008. De los datos se desprende, sin embargo, una ligera tendencia a la baja en la proporción de hogares masivos dentro del total de los que componen el sistema de protección de “mayores” (niños en edad escolar), entre el año 2007 y 2008 (fecha en que desaparecen dos hogares de más de sesenta niños y uno de más de cuarenta).

<sup>82</sup> Del 15% en 2003 al 5% en 2007, si bien la cifra más relevante desde la perspectiva de la experiencia de los niños es la del porcentaje de *niños* que están en centro de más de sesenta plazas, y no de *centros* con esa cobertura.

vo fundamental que, prácticamente, es una condición para justificar que el Estado siga recurriendo al cuidado institucional. En términos simples, si el regreso del niño a su familia no es posible, el Estado debería intentar darle otra familia y no mantenerlo en una institución, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales de esta alternativa para su desarrollo; en cambio, si su reintegración a la familia parece posible, y no hay otra alternativa de cuidado provisional, el cuidado institucional –también en forma provisoria, mientras se reestablece la relación familiar– es una opción legítima<sup>83</sup>. En efecto, los estándares internacionales propuestos para la protección de niños privados de su medio familiar establecen que: “Cuando se ubica a un niño/a en cuidado alternativo debería fomentarse y facilitarse el contacto con su familia, así como con otras personas próximas a él/ella”; y, más específicamente sobre los niños acogidos en instituciones, como los hogares de protección, sostienen –coincidentalmente con la definición de la reforma emprendida en Chile– que:

“su objetivo (el de las instituciones) debería ser generalmente el de proveer cuidado temporario, y de contribuir activamente a la reintegración familiar del niño/a o, de no ser posible, garantizar su cuidado estable en un contexto familiar alternativo, incluso mediante la adopción... cuando corresponda”<sup>84</sup>.

Así lo entendió el propio gobierno al presentar ante el Congreso su propuesta del nuevo sistema de atención, señalándose que:

“Se redefinen los centros residenciales, acompañados de un conjunto de dispositivos que procuran evitar la internación, como asimismo, *desinternar a los menores ingresados con miras a su reinserción en el ámbito familiar que les es natural*. Ello se materializa, como mencioné, a través de las OPD, en la búsqueda de alternativas a la internación por medio de planes integrales que fortalezcan el rol protector de la familia; *los programas de desinternación que deben funcionar en toda residencia...*”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Ello, sin perjuicio de la excepción constituida por los sistemas de cuidado residencial permanente para adolescentes cuyo regreso a la familia de origen no es posible, y que no consienten en ser adoptados o en vivir con otra familia, casos en que la residencia se justifica como “preparación para la vida independiente”. Estadísticamente, estos casos son muy menores al momento de iniciarse la internación.

<sup>84</sup> Directrices 79 y 126, “Anteproyecto de Directrices de NU” (n. 80).

<sup>85</sup> “Exposición del Subsecretario de Justicia Jaime Arellano...” (n. 46), (el énfasis es nuestro).

El carácter transitorio de la acogida residencial es enfatizado por las actuales bases técnicas del SENAME para las residencias de protección:

“Teniendo en cuenta el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, y el derecho que le asiste a vivir en familia, las residencias constituyen una modalidad transitoria, en tanto se orientan a la reinserción familiar, con un régimen de participación y buen trato”<sup>86</sup>.

La minimización de los tiempos de permanencia en los internados es un objetivo enfatizado por los estándares internacionales. Así, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha declarado que:

“La investigación sugiere que el cuidado institucional de baja calidad ofrece una escasa probabilidad de promover un desarrollo físico y psíquico sano y puede tener serias consecuencias negativas en la adaptación social en el largo plazo, especialmente para niños menores de 3 años, pero también para niños menores de 5 años de edad. En la medida que se requiera cuidado alternativo (a la familia de origen) la colocación temprana en cuidados familiares o de tipo familiar tiene una mayor probabilidad de producir resultados positivos en niños pequeños”<sup>87</sup>.

Pero en contraste con estos objetivos y estándares, a diciembre de 2007, de ocho mil trescientos cincuenta y cinco niños “mayores” (en edad escolar) internados en residencias de protección simple, el 72,5% –seis mil sesenta y uno– llevaba más de un año en la institución, más de la mitad –cuatro mil cuatrocientos veintiséis– llevaban más de dos años, y el 37,4% –tres mil ciento veintisiete– llevaba más de tres años en la institución. Por su parte, respecto de los lactantes y preescolares, población para la cual por definición, y por política, menos esperables son los largos tiempos de permanencia en los ho-

---

<sup>86</sup> Véase [http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=show\\_page&pid=15](http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=show_page&pid=15), visitada el 11 de abril de 2008.

<sup>87</sup> En su observación general N° 7, sobre la Implementación de los Derechos del Niño en la Primera Infancia”, citada por HODGKIN y NEWELL (n. 43), p. 282 (la traducción es nuestra).

gares (ya sea porque la separación con la familia acaba de producirse y hay mayores posibilidades para intentar la reintegración, ya porque son adoptados más fácilmente), de un total de cuatrocientos cuarenta y seis niños internados, el 52% –doscientos treinta y dos– llevaba más de un año en la institución, y el 21,7% –noventa y siete– llevaba más de dos años.

Estas estadísticas en buena parte parecen explicarse por la seria falencia en el trabajo de reintegración familiar de los niños. En efecto, demasiado lejos de la meta expresada por el entonces subsecretario de Justicia, en el sentido de que todos los hogares, o todos los niños internados –salvo los que estuviesen en camino de ser adoptados–, contaran con programas de desinternación, a fines de 2007 había en el país sólo veintitrés programas de fortalecimiento familiar, con una cobertura total de mil trescientos cuarenta y ocho niños, para una población potencial de cerca de nueve mil niños internados.

La directora de DEPRODE, Angélica Marín, reconoce esta brecha, que ascendería a unos ochenta programas de fortalecimiento familiar, e indica que en el presupuesto de los próximos años, a partir de 2009, se incluirá solicitud de fondos para veinte nuevos programas anuales.

A falta de programas que trabajen por la desinternación de los niños, los hogares por sí solos no demuestran tener las herramientas, ni acaso la vocación, para promover los vínculos familiares de los niños. Las necesidades domésticas del centro parecen consumir los recursos humanos. Un estudio exploratorio realizado entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 en cuatro hogares de protección simple de la RM dio cuenta de que los padres prácticamente no tienen ningún involucramiento en la crianza y educación de sus hijos internos, en buena medida por su propia inactividad, pero en gran medida también por la completa ausencia de planes de acción de las instituciones para revertir esta situación, lo que es justificado por las mismas instituciones, pretextando que son los propios padres los que han provocado la desprotección de los niños, que ha conducido a la internación<sup>88</sup>.

En opinión de Soledad Larraín, el problema de la incapacidad para trabajar en la desinternación de los niños y su regreso a sus fa-

---

<sup>88</sup> Virginia BENEDETTO, *¿Reglamentación de la autonomía, privacidad y libertad de culto de niños institucionalizados? Estudio exploratorio de 4 casos de proyectos residenciales fundados por grupos religiosos, colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME)*, trabajo final de titulación, dirigido por Jaime Couso, Programa de Master en Derechos y Políticas de Infancia y Adolescencia de la Universidad Diego Portales, Santiago, junio de 2008, inédito.

milias de origen es más grave que la simple falta de cobertura de los programas:

“Lo que falta en las instituciones es la existencia de metodologías adecuadas para poder intencionar el tema de la desinternación, lo que exige preparar al niño, la familia y la comunidad. No hay metodologías, no está instalado como un mecanismo que opere desde el ingreso del niño, de manera de lograr, a partir de un diagnóstico inicial, fijarse metas para la desinternación por ejemplo en un plazo de seis meses; en muchos casos se empieza muy tarde, cuando ya se ha roto el vínculo. Los programas de fortalecimiento familiar son tremendamente débiles; los centros no deberían postular a financiamiento adicional para desinternar, como un programa accesorio; deberían tener incorporado a su plan de acción el fortalecimiento familiar, que debería partir desde el primer día de internación y debería seguir, después del egreso del niño, por lo menos un año más, que es el período más importante para mantener la desinternación”.

Estas falencias, que contradicen la política explícita del Estado en la materia, son factores que podrían explicar casos como el de la polémica adopción internacional de un niño de siete años de edad, que llevaba más de cinco internado en una institución, contra la pública resistencia de la madre (apoyada por políticos de oposición), que fue registrado en enero de 2008 por la prensa nacional<sup>89</sup>. Según la información difundida por los medios de comunicación, el niño fue dado en adopción a un matrimonio extranjero pese a la oposición de su madre; ésta lo había confiado al cuidado de un hogar de protección el año 2002 aduciendo no tener cómo cuidarlo ni familiar a quien pedir ayuda, si bien tenía otro hijo mayor bajo su cuidado. La alcaldesa de Concepción junto a un diputado de la UDI acusó al gobierno de que la adopción internacional de este niño era ilegal por burlar la oposición de la madre y llamó a la Presidenta de la República a impedir la salida del niño de Chile. La respuesta de las autoridades del SENAME enfatizó que todos los pasos seguidos fueron conforme a la ley y que, en cualquier caso, la decisión fue de la justicia y no era susceptible de injerencia alguna del gobierno. Sin perjuicio de que la

---

<sup>89</sup> “Denuncian que Sename tramita adopción de menor sin consentimiento de los padres”, en *El Mercurio*, Santiago, 22 de enero de 2008.

adopción efectivamente –como se argumentó– puede decretarse aun contra la oposición de los padres, si ellos lo han entregado a una institución con el ánimo de desligarse de sus obligaciones, lo cierto es que la existencia de ese ánimo es generalmente desconocida al momento de la internación, y sólo es invocada *ex post facto* en el proceso de adopción a partir de la actitud pasiva que los padres hayan mantenido respecto de la relación con su hijo internado a lo largo del tiempo. Y, precisamente, entonces, se convierten en un factor relevante las propias falencias de la administración en el cumplimiento de su misión de promover las relaciones de los niños internados con sus familias de origen, ayudándoles a superar las dificultades que llevaron a la internación, para así poder reunificarse.

Estas falencias se traducen en que en Chile hay numerosos niños institucionalizados que terminan definitivamente separados de sus familias de origen, no porque éstas, desde un principio, hayan querido desligarse para siempre de ellos al internarlos, sino porque el Estado no ha cumplido con su obligación de apoyarlas para superar las dificultades sicosociales y económicas que las han llevado a internar al niño, hasta que ya es muy tarde y los niños, o son dados en adopción tras años de institucionalización o terminan pasando su infancia entera en un internado. El polémico caso referido parece ser un ejemplo más de esta dramática realidad.

### *3. Vulneración del derecho de los niños a la privacidad y a la libertad de culto*

En los hogares de protección, la educación de los niños institucionalizados queda entregada de manera casi exclusiva a la dirección de la institución. La Ley de Menores –no derogada en este punto– le entrega, de hecho, al director del hogar, el cuidado personal de la crianza y educación de los niños internados<sup>90</sup>.

La crianza de los niños institucionalizados queda así entregada a una entidad, más que a una persona con la que puedan establecer lazos recíprocos, únicos y diferenciados de acuerdo con las particularidades del niño, sus preferencias, credo, estilo de crianza de origen, etc. Ello limita las posibilidades de que, sometidos al cuidado insti-

---

<sup>90</sup> Artículo 57, ley N° 16.618: “Art. 57. En tanto un menor permanezca en alguno de los establecimientos u hogares sustitutos regidos por la presente ley, su cuidado personal, la dirección de su educación y la facultad de corregirlo corresponderán al director del establecimiento o al jefe del hogar sustituto respectivo...”.



tucional, los niños preserven y desarrollen su individualidad, privacidad, gustos e ideas, como cada uno de ellos lo haría en el seno de familias distintas, con padres que también van adaptándose al desarrollo de sus hijos. Por esa razón, una preocupación de primer orden en los hogares de protección debería ser la de asegurar a los niños espacio para que esos aspectos de su personalidad, su conciencia y su vida privada se puedan preservar y desarrollar libremente.

Esta preocupación es central en los estándares internacionales propuestos en la actualidad para el cuidado alternativo ofrecido a niños privados de su medio familiar, en conformidad con los cuales

“debería permitirse a los niños/as que satisfagan las necesidades de su vida religiosa y espiritual. Deberían tener el derecho a recibir visitas de un representante calificado de su religión como también el derecho de decidir libremente participar o no en oficios religiosos, en la educación religiosa o a la orientación religiosa... no se debería animar ni persuadir a ningún niño/a para que cambie su orientación religiosa durante su cuidado alternativo –además– todos los adultos responsables por niños/as deberían promover el derecho a la privacidad”<sup>91</sup>.

En contraste con las necesidades de desarrollo individual de los niños, su crianza y la dirección de su educación, a menudo, queda entregada a las preferencias y creencias de las instituciones que gestionan el hogar de protección, de manera que su privacidad resulta invadida más allá de lo que sería necesario para proteger sus derechos en contra de riesgos determinados, y ellos mismos suelen ser adoctrinados en ideas o cultos que les son ajenos a ellos, a sus padres o a ambos.

El mismo estudio exploratorio al que se hizo referencia<sup>92</sup> dio cuenta de casos específicos en que la individualidad de los niños en muchos aspectos desaparece tras las definiciones doctrinarias, de estilo, y aun tras las rutinas de gestión de las instituciones donde, por disposición del Estado –que es neutral en esas materias–, son enviados “de forma provisoria”, mientras se trabaja por su regreso a la familia de origen. En concreto, el estudio reporta casos que deben asistir a ceremonias de una religión que no profesan, sin que al ingresar se les pregunte por su religión o la de sus padres –y sin que este dato sea

<sup>91</sup> Directrices 86 y 87, “Anteproyecto de Directrices de NU” (n. 80).

<sup>92</sup> BENEDETTO (n. 88).

tenido en cuenta por la autoridad que determina el hogar donde serán acogidos– e, incluso, casos en que cambiaron su religión cuando pasaron de una residencia a otra –precisamente de la religión a la que el niño cambió– o que entienden que deberían bautizarse por la religión del nuevo hogar. También refiere casos que no tienen ropas propias, sino a los que se les administra un ejemplar estándar de prendas adquiridas al por mayor por la institución y que siguen siendo de propiedad de la institución; adolescentes a quienes por definición institucional –con independencia de los usos de cada uno/a de ellos al momento de ingresar, o de los gustos que vayan desarrollando a medida que crecen– no se permite usar aros o teñirse el pelo, ni decorar sus dormitorios con objetos que identifiquen sus preferencias, por razones identificadas con la imagen que la institución quiere proyectar, y no con las necesidades o derechos de los niños.

# EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

---

## ABSTRACT

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo particularmente invisibilizado y excluido de la sociedad. Condiciones que generan trastornos considerables en procesos como la educación, el trabajo digno, la satisfacción de niveles adecuados de salud, la libre circulación y el ejercicio de derechos civiles y políticos, entre otros. Sólo en los últimos años ha habido un intento por cambiar el enfoque, dejando de lado el énfasis de la deficiencia de cada persona y, en cambio, mostrando que el entorno en interacción con la deficiencia, da como resultado diversas formas de discapacidad. Sin embargo, en Chile existe una clara desigualdad para las personas con discapacidad, particularmente en materia del derecho a la educación. La mitad de la población viviendo con alguna discapacidad en Chile no ha completado ni siquiera la educación básica. Hay acuerdo entre los especialistas en que falta capacitación de los docentes, además de una mayor fiscalización de los recursos, pero sobretodo, acciones que tiendan a un cambio cultural que dé un nuevo enfoque, y elimine los prejuicios hacia las personas con discapacidad, y en cambio, promueva la toma de conciencia respecto de sus capacidades y aportaciones. La falta de oportunidades en educación tiene además incidencia directa en la imposibilidad posterior de conseguir un trabajo remunerado y poder vivir de manera independiente en el futuro, algo que contradice el espíritu y contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocido por el Estado de Chile y plenamente vigente.

**PALABRAS CLAVE:** discapacidad, integración, inserción laboral, educación especial, sociedad civil.

## I. INTRODUCCIÓN

Como señala Andrea Avaria

“el planteamiento primario de la sociedad es que ella está construida para personas normales, la socialización prepara a los sujetos para la normalidad. Esta lógica de inclusión negará la calidad de sujetos de aquellos que resulten diferentes, se les disminuye en su calidad de sujetos independientes y habilitados. Las personas con discapacidad y también sus familias son sujetos invisibilizados por la diferencia, relegados a la no ciudadanía, se les niega, lo visible es su condición de incapacidad, esta distinción podríamos afirmar es la que establece el límite, de los que quedan dentro y los que quedan fuera. La frontera establece el límite del no sujeto. Invisibiliza a las personas con discapacidad, podemos decir entonces que fuera de este sistema, el sujeto no es sujeto”<sup>1</sup>.

Esta perspectiva ha sido refrendada por el secretario general de la OEA, quien ha señalado que:

“El tema de la marginalidad se ubica dentro de un problema que tienen muchas más personas en este hemisferio, excluidas por barreras físicas, políticas, culturales, sociales y económicas, y que están en una posición de vulnerabilidad”.

Asimismo, manifestó la importancia que tiene el bajo nivel de crecimiento del continente americano en la década y cómo los niveles de pobreza se relacionan con la discapacidad.

“No somos tan pobres como para mantener esta cantidad de pobres. Esta situación se liga con la discriminación, pues el fenómeno de la discapacidad afecta de manera mucho más directa a gente que no tiene recursos para hacerle frente”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Andrea AVARIA SAAVEDRA, “Discapacidad: Exclusión/Inclusión”, en *Revista Mad*. N° 5, Santiago, Universidad de Chile, Departamento de Antropología, septiembre 2001.

<sup>2</sup> José Miguel Insulza, Secretario General de la OEA, Conferencia magistral: “Los derechos humanos de grupos vulnerables de la población, desde la perspectiva de la OEA y efectividad de los mecanismos de monitoreo existentes en este ámbito, para la protección de tales derechos”. Invitado por el Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, 8 de noviembre de 2008.

Así, el artículo 8° de la Convención ONU en Discapacidad tiene por nombre “Toma de conciencia”<sup>3</sup>, y consagra la idea de que los Estados parte deben tomar medidas para sensibilizar a la sociedad y luchar contra los estereotipos, pero no sólo eso, también se busca que promuevan la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

### *Algunas estadísticas sobre la discapacidad en Chile*

El primer estudio nacional de la discapacidad fue realizado en el año 2004. Este estudio<sup>4</sup> arrojó que en Chile hay dos millones sesenta y ocho mil setenta y dos personas con discapacidad<sup>5</sup>. Esto corresponde al 12,9% de la población chilena, esto es, uno de cada ocho chilenos tiene discapacidad<sup>6</sup>.

Según la encuesta CASEN 2006<sup>7</sup>, cuyos resultados fueron entregados el 22 noviembre de 2007, en el 20,3% de los hogares de Chile vive una persona con discapacidad. Se trata de un millón ciento diecinueve mil ochocientos cincuenta y siete chilenos (6,9% de la población) que sufre alguna discapacidad SEVERA, es decir, que durará largo tiempo<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, durante su 61º período ordinario de sesiones, celebrada en Nueva York. El artículo 8° de la Convención ONU en Discapacidad tiene por nombre “Toma de conciencia”, y consagra y dispone: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad”, en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>4</sup> Primer Estudio Nacional de la Discapacidad ENDISC CHILE 2004. Resultado Nacional: Prevalencia de personas con discapacidad en Chile, Gobierno de Chile, FONADIS, en [www.fonadis.cl](http://www.fonadis.cl)

<sup>5</sup> El concepto de discapacidad en el que se basa el estudio ENDISC CHILE 2004 es un concepto genérico que incluye deficiencias de las funciones y estructuras corporales, limitación en la actividad y restricción en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre la persona (con una condición de salud) y el ambiente (tanto físico como actitudinal). Este estudio considera las discapacidades leves, moderadas y severas.

<sup>6</sup> Clasificación de la Discapacidad: En Chile se distinguen usualmente cinco tipos de discapacidades, FONADIS las clasifica en: auditiva, visual, física, intelectual y de causa síquica, en [www.fonadis.cl](http://www.fonadis.cl).

<sup>7</sup> Encuesta CASEN 2006, Discapacidad, Ministerio de Planificación, en [www.mideplan.cl](http://www.mideplan.cl)

<sup>8</sup> Si bien la encuesta CASEN 2006 ha incorporado preguntas sobre discapacidad en sus versiones anteriores, esta versión difiere en cuanto se pregunta por “condiciones de lar-

Según esta encuesta el 45,6% de los casos se trata de ceguera o un problema visual que no mejora aun usando anteojos (quinientas diez mil trescientas setenta personas); 31% es discapacidad física, de movilidad o ambas (trescientas cuarenta y seis mil ochocientos noventa y dos personas); 17,7% se trata de sordera o discapacidad auditiva aún con audífonos (ciento noventa y siete mil setecientos treinta y nueve personas); 12,3% discapacidad mental o intelectual (ciento treinta y siete mil novecientas sesenta y cinco personas); 5,9% síquica o síquiátrica (sesenta y cinco mil novecientas una personas) y un 4,6% corresponde a mudez o dificultad en el habla (cincuenta y un mil setecientos quince personas).

*La Convención de Naciones Unidas  
sobre los derechos de las personas con discapacidad:  
el primer paso del Estado de Chile hacia la inclusión plena*

El día 1 de julio de 2008, y luego de múltiples gestiones de las organizaciones de y para personas con discapacidad, y habiendo transcurrido un año y medio desde su aprobación por la Asamblea General de la ONU, el Senado de Chile ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>9</sup> y su

---

ga duración” en lugar de “deficiencias”, además de entregar alternativas de respuesta más amplias. Esto impide la comparación de resultados en el tiempo, pero favorece un conocimiento más detallado de la situación para el año 2006.

<sup>9</sup> La Convención de Naciones Unidas no quiso dar una definición taxativa de discapacidad, por la posibilidad de restringir el concepto y dejar fuera a nuevas discapacidades que podrían surgir con el tiempo. Se incorporó finalmente una enunciación abierta del concepto de discapacidad. El artículo primero consagra el concepto de la siguiente forma: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por un acuerdo, finalmente se decidió limitar el alcance de la discapacidad a las permanentes solamente, y no incluir las temporales. Esto por presión de países que estimaban que sería muy costoso incluirlas, entre ellos China. La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de la OEA, ratificada por Chile el 29 de noviembre de 2001, sí considera ambas, estableciendo en su artículo 1º: El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de la OEA, aprobada el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la OEA, y aprobada por el Congreso de Chile el 29 de noviembre de 2001, depositándose el instrumento de ratificación ante el secretario general el 26 de febrero de 2002).

Protocolo Facultativo<sup>10</sup>. Este instrumento tiene como objetivo promover, proteger y asegurar el goce pleno y en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo de personas, que son más de seiscientos cincuenta millones en el mundo. Al haberse ratificado esta convención internacional, sus preceptos pasan a ser obligatorios para el Estado de Chile, y la consiguiente consecuencia es que éste debe implementarla, adecuando su legislación y sus políticas públicas a lo establecido en la convención. La puesta en práctica de este tratado debiera incidir positivamente en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas con discapacidad, tendiendo a la eliminación de las barreras del entorno económico, político, social y cultural a las que se enfrentan diariamente.

El papel de la sociedad civil fue clave para la ratificación de este instrumento fundamental para los derechos de las personas con discapacidad. El 19 de marzo de 2008, diversas organizaciones se unieron con la finalidad de constituir el Movimiento D, o Movimiento por la Ratificación de la Convención en Discapacidad de ONU. Este movimiento, convocado originalmente por el Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, está compuesto por las organizaciones de y para personas con discapacidad que representan las distintas discapacidades, y tienen representación en el ámbito nacional<sup>11</sup>. La mencionada agrupación trabajó con el objetivo de exhortar al Congreso chileno a que ratificara prontamente, realizando una labor de promoción jurídica y estrategia política para lograr tal objetivo. Esta agrupación está consciente de que lograr la ratificación fue el primer paso, y que ahora debe empezar a trabajar firme para la implementación de la convención, con el objetivo de que

---

<sup>10</sup> Coetáneamente a la ratificación de la Convención por el Senado de Chile, el Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho UDP, en co-organización con la Red Latinoamericana de Organizaciones de Personas con Discapacidad y sus Familias, RIADIS, estaba realizando el 30 de junio y 1 de julio el seminario “Nuevos retos introducidos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU”, dirigido a las organizaciones de la sociedad civil de todo el país, se contó con la participación de cincuenta representantes de organizaciones de las distintas discapacidades, de las diversas regiones. La noticia fue recibida con beneplácito, tanto por los chilenos presentes como por los expertos extranjeros que participaban en la actividad, quienes celebraron el citado acontecimiento.

<sup>11</sup> El Movimiento D está compuesto por: la ASOCH, la CONASOCH, la Fundación Esperanza Nuestra (institución benéfica para personas con discapacidad física), la CORFAUSAM, la UNCICH, la ACICH, la UNPADE y la Fundación Rostros Nuevos (fundación que acoge tanto a personas adultas con discapacidad de causa síquica como intelectual en situación de extrema pobreza y exclusión social). El movimiento cuenta además con el patrocinio del Programa Jurídico Sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

el Estado armonice su legislación y sus políticas públicas de acuerdo con los derechos consagrados en ella. Actualmente el Movimiento D exhorta al Poder Ejecutivo para que verifique el depósito de la ratificación, en el más breve lapso, ante la ONU. Si éste no se verifica a tiempo, Chile podría quedar fuera de la instancia que significa la primera Conferencia de los Estados-partes, que debería efectuarse alrededor de octubre de 2008, vale decir, seis meses después de la entrada en vigor del tratado, en conformidad con las prescripciones del mismo.

## II. EDUCACIÓN Y DISCAPACIDAD EN CHILE

Existen numerosas barreras que pueden obstaculizar la educación de este tipo de personas, especialmente en los países en desarrollo. Entre ellas figuran la pobreza, las escuelas con un exceso de alumnos, la falta de profesores capacitados, la falta de ajustes razonables y apoyo a los alumnos con discapacidad, las instalaciones inaccesibles, los programas de estudio inaccesibles, el transporte deficiente o inaccesible, y el estigma social y falta de familiaridad con el ambiente escolar. Según un estudio de Naciones Unidas:

“Se calcula que actualmente la tasa de matrícula escolar de los niños con discapacidad en los países en desarrollo puede bajar hasta situarse entre 1% y 3%; por consiguiente, aproximadamente el 98% de los niños con discapacidad no van a la escuela y son analfabetos”<sup>12</sup>.

Según Rosa Blanco, especialista regional en educación especial,

“Una mayor equidad es un factor fundamental para conseguir un mayor desarrollo y una cultura de la paz basada en el respeto y valoración de las diferencias y en la tolerancia. Dificilmente se puede aprender a respetar las diferencias, si no se convive con ellas, si las diferencias de cualquier tipo se obvian y se excluyen. Una cultura de paz tiene que ver con equidad, justicia e igualdad”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> *De la exclusión a la igualdad, Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, Naciones Unidas, 2007, [www.un.org](http://www.un.org), pp. 88-89..

<sup>13</sup> ROSA BLANCO GUJARRO, “Hacia una escuela para todos y con todos”, en *Boletín del Proyecto Principal de Educación para América Latina y el Caribe*, N° 48, Santiago, Oficina Regional de Educación de UNESCO para América Latina y el Caribe, 2005, en [www.unesco.cl](http://www.unesco.cl), pp. 55-72.



Respecto a la educación expresó:

“Conseguir el acceso de toda la población a la educación básica es un primer paso para avanzar hacia una mayor equidad, pero ésta sólo será realmente efectiva cuando se asegure la verdadera igualdad de oportunidades y cuando la calidad de la educación sea para todos y no sólo para unos pocos. Es difícil separar calidad de equidad si se considera que la equidad no es sólo igualdad de acceso, sino también el derecho a recibir una educación de calidad, y que un criterio importante para definir una educación de calidad es precisamente que ésta sea capaz de dar respuesta a la diversidad”<sup>14</sup>.

*Algunas estadísticas generales sobre la educación  
para las personas con discapacidad en Chile*

El Estudio Nacional de la Discapacidad<sup>15</sup> señala que en Chile mientras el 27,5% de la población se encuentra actualmente estudiando, en las personas con discapacidad sólo el 8,5% se encuentra realizando esta actividad. Esta realidad tiene por efecto un alto porcentaje de analfabetismo, estudios básicos o medios incompletos y, por ende, un bajo porcentaje de personas con discapacidad que llegan a la educación superior o a alternativas laborales calificadas<sup>16</sup>.

La encuesta CASEN 2006 sobre discapacidad señala: 43,1% de las personas con discapacidad no ha completado la educación básica. Para el total de población mayor de veinticuatro años, el 23% no ha completado la educación básica, sólo el 26,9% ha completado la educación media y sólo el 13,8% ha completado la educación superior<sup>17</sup>.

En cuanto al acceso a la educación según el tipo de discapacidad que se presenta, el estudio ENDISC 2004 revela que la discapacidad intelectual es la que ostenta un mayor porcentaje de personas estudiando actualmente; una de cada cinco personas con este tipo de discapacidad se encuentra actualmente estudiando (20,3%) y es la discapacidad que, proporcionalmente, accede en mayor medida a la educación especial. Son las personas con multidéficit<sup>18</sup> las que tienen

<sup>14</sup> BLANCO GUIJARRO (n. 13).

<sup>15</sup> Primer Estudio Nacional... (n. 4).

<sup>16</sup> *Discapacidad en Chile, Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano*, Santiago, FONADIS, 2006.

<sup>17</sup> Encuesta CASEN (n. 7).

<sup>18</sup> Las deficiencias múltiples corresponden a tres o más deficiencias.

mayores problemas de acceso a la educación, el 3,2% de éstas se encuentra actualmente estudiando. Más de la mitad de estas personas no han completado la educación básica. Las personas con discapacidad de causa síquica son las que tienen el mayor porcentaje de acceso a la educación superior (independiente de si la hayan completado)<sup>19</sup>. El porcentaje de personas que estudian según tipo de discapacidad es el siguiente: física 4,1%; intelectual 20,3%; visual 7,7%; auditiva 5,8%; síquica 11,3%; viscerales<sup>20</sup> 7,9%; múltiples 3,2%<sup>21</sup>.

De acuerdo con las últimas cifras relativas a la educación especial, al año 2007, la cobertura de educación especial es de aproximadamente doscientos cuarenta y cinco mil ochocientos estudiantes, de éstos ciento seis mil asisten a escuelas especiales, setenta y dos mil asisten a establecimientos con integración escolar, ochocientos son atendidas en aulas y escuelas hospitalarias<sup>22</sup> y alrededor de sesenta y siete mil son atendidos en grupos diferenciales<sup>23</sup>.

En la actualidad, en Chile existen novecientas cincuenta y cuatro escuelas especiales, éstas atienden a alumnos hasta los veinticuatro años de edad, que presentan discapacidad sensorial, intelectual, motora, de la relación y comunicación, y trastornos específicos del lenguaje<sup>24</sup>.

### *Educación para personas con discapacidad en Chile: la mirada de los expertos*

Con el objetivo de lograr un acercamiento al tema abarcando distintas aristas, se buscó visualizar distintas perspectivas, separando así, primero, la visión de especialistas abordando las discapacidades en general, luego, la visión de especialistas o personas con discapacidad por tipo de discapacidad y, para finalizar, la visión de apoderados de niñas y

---

<sup>19</sup> *Discapacidad en Chile...* (n. 16).

<sup>20</sup> Las deficiencias viscerales, son aquellas referidas a problemas en el aparato respiratorio, cardiovascular, digestivos, genitourinario, endocrinometabólico y hematopoyético.

<sup>21</sup> Primer Estudio Nacional... (n. 15).

<sup>22</sup> En las escuelas y aulas hospitalarias para niños hospitalizados sólo se otorga la subvención a alumnos del nivel de educación básica que tienen un tiempo de hospitalización mínimo de tres meses, no considerando financiamiento para alumnos de enseñanza media ni para aquéllos que requieren tratamientos ambulatorios o un menor tiempo de hospitalización (*Propuestas para la integración social de las personas con discapacidad mental en situación de pobreza*, Santiago, Fundación Rostros Nuevos, junio 2008).

<sup>23</sup> *Documento Educación Especial: Política nacional de educación especial: inuestro compromiso con la diversidad!*, Santiago, Ministerio de Educación, 2008. Información proporcionada por la Coordinadora Nacional de Educación Especial.

<sup>24</sup> *Propuestas para la integración...* (n. 23).

niños con discapacidad. Se evaluó que sería ésta la mejor manera de sistematizar el trabajo, y entregar una apropiada “foto” del tema<sup>25</sup>.

Se verá a continuación qué indicaron los expertos en educación. Se entrevistó a Paulina Godoy Lenz<sup>26</sup>, coordinadora nacional de educación especial del Ministerio de Educación. A la pregunta, *¿cuál es tu visión acerca de la situación actual de la educación para las personas con discapacidad en Chile?*, contestó:

“Creo que estamos en un proceso de tránsito, hay una brecha enorme de acuerdo a lo que debiéramos estar proporcionándole a esos niños, el Estado entrega una gran cantidad de recursos, pero nos falta más capacitación, más fiscalización de los recursos, más trabajo con las universidades. Creo que falta mucho para que los niños y jóvenes con discapacidad puedan aprender y logren desarrollar al máximo sus competencias, queda muchísimo que hacer en este tema”.

Según Felicia González<sup>27</sup>:

“existe una apertura desde la legislación. Sin embargo, a nivel de accesibilidad real de acuerdo a las necesidades de los estudiantes aún existen muchas barreras, especialmente de parte de los profesores que no se sienten capacitados. Por otro parte, a los padres les falta información para exigir sus derechos”.

---

<sup>25</sup> Se agradece a todas las personas que colaboraron en la elaboración de esta investigación, y muy especialmente a Amalia Balart, Felicia González, María Soledad Cisternas, Rosario Cordero, Paulina Godoy Lenz, Patricia Araneda, Rossana Garay, Miguel Rojas, Erwin Frei, Ninón François, Rosario Lavín, Zinnia Kittsteiner, Rodrigo Mardones, Fabiola Melo, Teresa Ahumada, Rodrigo Muñoz, María Eugenia Bascuñán y Soledad García.

<sup>26</sup> Paulina Godoy Lenz, en entrevista efectuada el 28 de mayo de 2008. Educadora de Párvulos, Universidad de La Serena, postítulo de Educación Especial y Diferencial, Pontificia Universidad Católica, magíster en Ciencias de la Educación con mención en Currículum, Pontificia Universidad Católica, Programa MECE Educación Especial Ministerio de Educación CPEIP, Ministerio de Educación nivel central, Programa de Educación Especial, 2001-2008.

<sup>27</sup> Felicia González, en entrevista efectuada el 2 de junio de 2008. Profesora Básica y Diferencial, magíster en Educación, investigadora de la UMCE, docente de la Universidad Mayor, directora de UNPADE, y secretaria de Inclusión Interamericana (sección de Inclusión Internacional, organismo reconocido por la ONU que reúne a familias y profesionales en defensa de los derechos y deberes de las personas con necesidades educativas especiales).

Para Rosario Cordero<sup>28</sup>:

“la educación para los niños con discapacidad ha mejorado significativamente en el tiempo. Los niños no son escondidos como en épocas anteriores. Actualmente se manejan muchas técnicas de aprendizaje, además de las metodologías típicas”.

Patricia Araneda<sup>29</sup> indicó que:

“la educación para los niños con discapacidad está en proceso de tránsito, de un profundo cambio de paradigma, desde una mirada médica a una perspectiva pedagógica que pretende que las personas con discapacidad sean autónomas y valoradas. La reforma de la educación especial tiene objetivos claros al respecto, aún cuando aparece como una propuesta contracultural en los tiempos que se viven: propone la inclusión, y la no selección de los alumnos en las escuelas regulares”.

*El programa de educación especial de la División General  
del Ministerio de Educación*

En el año 2004, con el propósito de avanzar en la modernización de la educación especial y del sistema educacional en su conjunto, y de mejorar la calidad de los aprendizajes de los alumnos con necesidades educativas especiales<sup>30</sup>, el programa de educación especial, de la

---

<sup>28</sup> Rosario Cordero, en entrevista efectuada el 18 de mayo de 2008. Educadora Diferencial de la Universidad de Chile, con mención en Deficiencia Mental. Directora del Centro Para el Desarrollo Integral El Aromo 1991-2008.

<sup>29</sup> Patricia Araneda, en entrevista efectuada el 19 de mayo de 2008. Educadora de Párvulos, magíster en Investigación Educativa de la UAHC y candidata a doctora en Aprendizaje Transformacional de la Universidad Bolivariana. Especialista en temas de diversidad e integración educacional y, actualmente, encargada de NEE del Departamento Técnico Pedagógico de la JUNJI,

<sup>30</sup> Necesidades Educativas Especiales: este término aparece y se consolida con el Informe Warnock, en él se hace referencia a niños, niñas, jóvenes y adultos que requieren de una o varias de las siguientes prestaciones educativas especiales durante su proceso de desarrollo, enseñanza y aprendizaje: a) Provisión de medios especiales de acceso al currículo a través de equipamientos especiales, provisión de recursos, modificación del ambiente físico, o técnicas de enseñanza especializadas; b) Provisión de un currículo especial o modificado; c) Especial atención a la estructura social y clima emocional donde tiene lugar la educación. *Nueva perspectiva y visión de la Educación Especial. Informe de la Comisión de expertos.* www.educared.cl. Visitada el 4 de abril de 2008.

División de Educación General del Ministerio de Educación, estableció cuales eran las principales necesidades y desafíos que presentaba Chile en esta materia, consignando las siguientes:

- Avanzar hacia el desarrollo de políticas educativas claras y coherentes;
- Fortalecer el sistema de supervisión, de asesoría y control;
- Mejorar la formación inicial y las prácticas docentes de atención a la diversidad;
- Contar con estadísticas confiables y actualizadas y
- Establecer mecanismos de apoyo e información a la familia comprometiéndola con el aprendizaje de sus hijos<sup>31</sup>.

De acuerdo con estos desafíos y proyecciones planteados para la educación especial se consultó a la coordinadora nacional de educación especial, Paulina Godoy Lenz, con la finalidad de que relatara los avances hasta la fecha, ella respondió<sup>32</sup>:

“Existen nueve líneas de acción política en lo relativo a la educación especial. En todas ellas hemos ido haciendo avances. Algunos de ellos han sido:

- Mejorar el acceso y crear nuevas normativas. En julio del año pasado se publicó la ley 20.210, Nueva Ley de Subvención para la Educación Especial Diferencial<sup>33</sup>;
- Se amplió la población con derecho a la subvención especial<sup>34</sup>;
- Se ampliaron los montos de las subvenciones para niños o jóvenes con discapacidades más graves<sup>35</sup>;

<sup>31</sup> Paulina GODOY L., Luis MEZA L., Alida SALAZAR L., *Antecedentes históricos, presente y futuro de la educación especial en Chile*, Santiago, Ministerio de Educación, Programa de Educación Especial, 2004.

<sup>32</sup> Paulina GODOY LENZ, en entrevista efectuada el 28 de mayo de 2008.

<sup>33</sup> Ley 20.210: Esta ley permite hacer una distinción respecto de necesidades educativas transitorias y permanentes, entendiendo que las primeras ocurren en un periodo de la vida escolar del alumno y que con un apoyo e intervención adecuados, en el momento justo, se puedan superar. También reconoce que las necesidades educativas permanentes requieren de mayores recursos físicos y económicos, permitiendo que cada niño avance de la mejor manera en su trayectoria educativa.

<sup>34</sup> Ampliación de la población con derecho a subvención especial: pasan a ser parte del sistema las necesidades educativas especiales de carácter transitorio como: déficit atencional, trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje. Para estos alumnos, la subvención puede fraccionarse entre la escuela especial y la escuela regular y pagarse en relación a las horas de atención que efectivamente requiera el alumno para la superación de su déficit, de acuerdo a lo establecido en el reglamento.

<sup>35</sup> Discapacidades más graves: Alumnos con características del espectro autista, multi-déficit o discapacidad severa, discapacidad visual y disfasia severa. Recibirán un aumento

- Estamos realizando mesas de trabajo con distintas instituciones, JUNJI, Chile Crece Contigo, MIDEPLAN, FONADIS, etcétera;
- Existe un mejoramiento de la calidad de la integración<sup>36</sup>;
- Se crearon cursos de capacitación para los profesores;
- Existe también un trabajo con la comunidad para que puedan encontrar trabajo y así puedan vivir de forma independiente;
- En cuanto a la cobertura, de acuerdo a las últimas cifras, se ha incrementado la cobertura de niños en la educación especial;
- En lo relativo a las escuelas especiales, pudieron acceder a los textos escolares de estudio normales, y a textos braille; También pudieron acceder a los centros de recursos de aprendizaje;
- Además van a incluirse dentro del Plan Bicentenario de Enlaces;
- En cuanto a los cambios curriculares estamos amarrados para avanzar, debido a la modificación de la LOCE. Está en investigación una definición de líneas y criterios, con la idea de identificarlos y flexibilizar el currículo;
- El proyecto de modificación de la LGE que presentó el Ministerio tiene un proyecto de educación especial significativo para el país. Se incorpora la educación especial. Esperamos sea aprobado;
- Estamos perfeccionando la gestión a través de sistemas informáticos, para una gestión más efectiva”.

También comentó las acciones relevantes que se llevarán a cabo durante este año 2008:

1. Constitución de un consejo consultivo de la educación especial<sup>37</sup>;

---

de subvención, dado que necesitan de ayudas y condiciones extraordinarias para que puedan acceder, desarrollarse y progresar en el sistema educativo, y el previsto anteriormente resultaba insuficiente.

<sup>36</sup> Paulina Godoy Lenz: “Se han creado estrategias de trabajo en programas de integración, para niños y jóvenes con discapacidad que no pueden seguir el curriculum normal. También se está mejorando la forma como implementar los programas, además este año va a cambiar la regulación en cuanto a la integración”.

<sup>37</sup> Este Consejo Consultivo se comprometió en la Política de Educación Especial, contará con la representación de todos los actores vinculados a la educación especial; perso-

2. Elaboración, difusión y aplicación del reglamento de la ley N° 20.201 que modifica la ley de subvención de educación especial;
3. Instalación de sistemas informáticos de la educación especial;
4. Curso en lengua de señas dirigido a trescientos profesores/as de estudiantes sordos<sup>38</sup>.

### *La educación especial*

Las políticas públicas relativas a la educación de las personas con discapacidad contemplan la Política Nacional de Educación Especial y el Programa de Apoyo a los Estudiantes con Discapacidad de FONADIS. La ley N° 19.284 sobre Integración Social de las Personas con Discapacidad, aprobada en 1994, establece el acceso a la educación en el capítulo II, su artículo 26 consagra:

“Educación Especial es la modalidad diferenciada de la educación general, caracterizada por constituir un sistema flexible y dinámico que desarrolla su acción preferentemente en el sistema regular de educación, proveyendo servicios y recursos especializados a las personas con o sin discapacidad, según lo califica esta ley, que representen necesidades educativas especiales”<sup>39</sup>.

El DS N° 01 de 1998, reglamenta el capítulo II de la mencionada ley. Este decreto establece en su artículo 1° las distintas opciones que

---

nas con discapacidad, académicos, sostenedores, profesores, etcétera, la primera reunión se realizará en el mes de diciembre de 2008.

<sup>38</sup> *Documento Educación Especial...* (n. 23).

<sup>39</sup> Por su parte, el artículo 27 de la ley N° 19.284 de Integración Social de las personas con discapacidad establece: “Los establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular deberán incorporar innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias para permitir y facilitar, a las personas que tengan necesidades educacionales especiales, el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles la enseñanza complementaria que requieran, para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema. Cuando la naturaleza y/o grado de la discapacidad no haga posible la señalada integración a los cursos ordinarios, la enseñanza especial se impartirá en clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional. Sólo excepcionalmente, en los casos en que los equipos del Ministerio de Educación a que se refiere el artículo 28 lo declaren indispensable, la incorporación a la educación se hará en escuelas especiales, por el tiempo que sea necesario. El Estado colaborará para el logro de lo dispuesto en los incisos precedentes, introduciendo las modificaciones necesarias al sistema de subvenciones educacionales y/o a través de otras medidas conducentes a este fin”.

tienen los alumnos con necesidades educativas especiales respecto a donde estudiar:

“El sistema escolar nacional, en su conjunto, deberá brindar alternativas educacionales a aquellos educandos que presenten necesidades educativas especiales pudiendo hacerlo a través de:

- A. Los establecimientos comunes de enseñanza
- B. Los establecimientos comunes de enseñanza con proyectos de integración<sup>40</sup> y/o
- C. Las escuelas especiales<sup>41</sup>.

De acuerdo con la citada Política Nacional de Educación Especial, las escuelas especiales, desarrollan un currículo (planes y progra-

---

<sup>40</sup> El artículo 4º, respecto a los establecimientos comunes con proyectos de integración establece: “El proceso de integración escolar consiste en educar niños y niñas, jóvenes y adultos con y sin discapacidad durante una parte o la totalidad del tiempo en establecimientos de educación común, el que comenzará preferentemente en el período preescolar pudiendo continuar hasta la educación superior”. En lo relativo a esto da las siguientes opciones, en el artículo 12º: “Los alumnos con necesidades educativas especiales derivadas de una discapacidad podrán ser parte de un proyecto de “integración escolar”. Entre otras, a través de algunas de las siguientes opciones:

1. El alumno asiste a todas las actividades del curso común y recibe atención de profesionales especialistas docentes o no docentes en el “Aula de Recursos” en forma complementaria.

2. El alumno asiste a todas las actividades del curso común, excepto a aquellas áreas o subsectores en que requiera de mayor apoyo, las que deberán ser realizadas en el “Aula de Recursos”.

3. Asiste en la misma proporción de tiempo al “Aula de Recursos” y al aula común. Pueden existir objetivos educacionales comunes para alumnos con o sin discapacidad.

4. Asiste a todas las actividades en el “Aula de Recursos” y comparte con los alumnos del establecimiento común, en recreos, actos o ceremonias oficiales del establecimiento o de la localidad, y actividades extraescolares en general. Esto representa una opción de integración física o funcional”.

<sup>41</sup> Lo relativo a los establecimientos de educación especial se encuentra establecido en el artículo 17º (DS, N° 01/98: Reglamenta capítulo II de la ley N° 19.284/94 de Integración Social de las personas con discapacidad, MINEDUC): “Son escuelas especiales aquellos establecimientos educacionales que poseen un equipo de profesionales especialistas que imparten enseñanza diferencial o especial a alumnos que presentan alguna o algunas de las siguientes discapacidades” y señala que estas son, deficiencia mental, déficit visual, déficit auditivo, trastorno o déficit motor, graves alteraciones en la capacidad de relación o comunicación, y los trastornos de la comunicación oral. Además existen decretos que regulan las normas relativas a cada uno de estos déficits, lo cuales no pasaremos a describir para no extendernos excesivamente. [www.mineduc.cl](http://www.mineduc.cl) Visitada el 8 de mayo de 2008.



mas educativos) diferente al de la educación regular, lo que ha generado que los alumnos egresados no puedan obtener la certificación y reconocimiento de estudios, que son requisitos fundamentales para acceder a otro tipo de educación o ingresar al mundo laboral<sup>42</sup>.

A los expertos en educación que fueron entrevistados se les preguntó respecto de *las razones de la diferencia de oportunidades en relación con la educación, entre los niños con y sin discapacidad*. Paulina Godoy indicó:

“Creo que la diferencia de oportunidades está dada por un problema cultural, de no creer que efectivamente es posible educar niños con distintas características juntos. Creo que hay muchos prejuicios. Existen pocas oportunidades de participar y crecer junto a estas personas, y escasas posibilidades de capacitación para dar respuesta a la diversidad”.

Felicia González contestó:

“Las razones principales de la falta de igualdad son: desconocimiento de parte de los profesionales de la educación y especialmente de los directivos; la familia desconoce las oportunidades que en derecho debería darle el sistema educacional”.

Rosario Cordero apuntó:

“Los niños con discapacidad son menos, la educación privada de estos niños es muy cara. La educación subvencionada, aunque ha mejorado todavía tiene mucho que hacer”.

Patricia Araneda indicó:

“Creo que las diferencias de oportunidades están dadas tanto por factores culturales como físicos o metodológicos que impiden el acceso y la permanencia en el sistema educativo de los niños y niñas con discapacidad. Un factor cultural importante es la histórica exclusión y segregación de ellos en las escuelas especiales, separados y discriminados por el resto de la sociedad. Los niños y niñas con discapacidad son muchas veces invisibles, o casi desconocidos para la sociedad. Físicamente no tenemos habilitados los espacios, la tecnología, los medios de

---

<sup>42</sup> Propuestas para la integración... (n. 24).

comunicación para que se desplacen, participen, asistan personas que son diferentes al común. Lo mismo sucede en el plano educativo, los educadores regulares no están sensibilizados ni preparados para trabajar con niños y niñas con discapacidad. Los educadores diferenciales no están preparados en los marcos curriculares de la educación común, se les prepara para trabajar en currículos diferentes por tipo de discapacidad”.

Ninón François<sup>43</sup> expresó: “Las razones de la diferencia de oportunidades son culturales, financieras, el criterio del MINEDUC, y la ignorancia”.

### *Medidas estatales para acabar con la diferencia de oportunidades*

Respecto a las obligaciones de los Estados en relación con la discapacidad, el Comité DESC, en sus observaciones generales<sup>44</sup>, ha dicho:

“Las Naciones Unidas han calculado que en el mundo actual hay más de 500 millones de personas con discapacidad. De esta cifra, el 80% viven en zonas rurales de países en desarrollo. El 70% del total se supone que no tiene acceso o tiene acceso limitado a los servicios que necesitan. Por consiguiente, la obligación de mejorar la situación de las personas con discapacidad recae directamente en cada Estado Parte. Los medios que se elijan para promover la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales de ese grupo variarán inevitablemente y en gran medida según los países, pero no hay un solo país en el que no se necesite desarrollar un esfuerzo importante en materia normativa y de programas”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Ninón François, en entrevista efectuada el 16 de mayo de 2008. Profesora básica Universidad Católica, directora y sostenedora del colegio Tierra del Fuego de Quillota, el cual cuenta con un proyecto de integración. [www.colegiotierradelfuego.cl](http://www.colegiotierradelfuego.cl). Visitada el 16 de mayo de 2008.

<sup>44</sup> “Observaciones generales adoptadas por el Comité DESC, 11º período de sesiones (1994). Observación general N° 5. 1. Obligaciones generales de los Estados Partes, párr. 8”, en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, instrumentos internacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, 2004.

<sup>45</sup> “La obligación de los Estados Partes, de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes, en toda la medida que los permitan sus recursos disponibles,

Se preguntó a los especialistas respecto a *¿qué se necesitaría en el ámbito estatal para acabar con esta diferencia de oportunidades?* Paulina Godoy manifestó:

“Creo que deben cambiar las condiciones socioculturales. La situación de discriminación debe acabarse, no puede ser que exista una selección, y no se le permita a un niño estudiar en un determinado lugar, sólo por su condición de discapacidad. Por otro lado, el Estado debe proveer de la capacitación, y debe procurar que los recursos estén disponibles. Con todo, para que un niño con discapacidad pueda matricularse en un determinado establecimiento es importante que el lugar esté preparado para atenderlo, de manera que pueda aprovechar al máximo sus capacidades e integrarse también socialmente”.

Esto se relaciona con uno de los principios generales de la Convención ONU sobre Discapacidad, establecido en su artículo 3 letra h, éste es: el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad. Esto implica garantizarles que tengan acceso a las mismas oportunidades de desarrollo que los niños y niñas sin discapacidad. Según se expresó anteriormente, el Estado debe promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Respecto a la pregunta mencionada Felicia González declaró:

“Creo que las medidas adecuadas para terminar con la diferencia de oportunidades son:

- Capacitaciones, cursos, programas de sensibilización a los profesionales de la educación;
- Trabajar con el Colegio de Profesores, de Sicólogos, Fonoaudiólogos, Colegio Médico, etcétera;

---

exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente”, en “Observaciones generales adoptadas por el Comité DESC...(n. 44), párrafo 9.

- Desde el Ministerio de Educación, crear un sistema de supervisión que avale que los recursos sean gastados en *la educación de los niños*; y
- Preparar a la familia”.

Rosario Cordero contestó:

“Sería bueno que los sostenedores de los colegios subvencionados fueran profesores, que estuvieran mejor supervisados por el Ministerio de Educación, y que los recursos que el gobierno les aporta sean realmente para cada niño y no para el sostenedor”.

Patricia Araneda dijo:

“Toda escuela básica, jardín infantil o liceo, debería contratar equipos profesionales especializados que faciliten la instalación de la educación inclusiva. Es necesaria una supervisión y fiscalización rigurosa de los fondos entregados para la educación especial en escuelas especiales y para los proyectos de integración en escuelas regulares. Resguardar que su uso sea para mejorar la calidad de la educación que se imparte a los niños y niñas con discapacidad. Mas allá de contratar equipos profesionales, es que ellos trabajen directamente con los niños, de manera efectiva y evaluada por externos. Además, realizar investigaciones permanentes que evalúen el aprendizaje que los niños están obteniendo, tanto en las escuelas especiales como en las escuelas comunes con proyectos de integración. Por último, un cambio en la formación de profesores, la educación inclusiva debe estar presente en la formación de todo docente, los educadores diferenciales deben prepararse en los marcos curriculares de la educación general”.

Como se aprecia, las opiniones están contestes en el sentido de que es fundamental que haya mayor supervisión y que los recursos disponibles se inviertan efectivamente en la educación de los niños y niñas.

*Cambios que debieran producirse a consecuencia de la ratificación de la Convención ONU sobre Discapacidad por el Estado de Chile*

La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su artículo 24 el derecho a la educación, consagrando que los Estados deben asegurar la igualdad de acceso a

la educación primaria y secundaria, la formación profesional, la enseñanza de adultos y el aprendizaje permanente. La educación debe emplear los materiales, las técnicas educacionales y las formas de comunicación adecuados. Los alumnos que las necesiten deben recibir las medidas de apoyo pertinentes, y los alumnos ciegos o sordos deben recibir su educación en las formas más apropiadas de comunicación, de maestros con fluidez en el lenguaje de señas y el Braille. La educación de las personas con discapacidad debe promover su participación en la sociedad, su sentido de dignidad y valor personal, y el desarrollo de todo su potencial en lo que se refiere a la personalidad, los talentos y la creatividad<sup>46</sup>.

Se preguntó a Felicia González<sup>47</sup> respecto a los cambios que introduce la Convención ONU sobre Discapacidad en relación a la educación, contestó:

“El cambio fundamental está dado principalmente por la posibilidad de acceder a una educación de calidad como un derecho que tiene toda persona. También se establece:

- La libertad de elegir el sistema de Educación de acuerdo a los principios y valores que la familia considere pertinente;
- El derecho a exigir una educación inclusiva compartiendo los mismos principios curriculares que el plan de estudio entrega a todos los estudiantes, haciendo las adecuaciones curriculares de acuerdo a las necesidades especiales de los estudiantes con discapacidad;
- El derecho a una educación gratuita y de calidad en todo el sistema educacional, siendo este inclusivo a todos los niveles”.

---

<sup>46</sup> Por su parte la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de la OEA, aprobada el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la OEA, y ratificada por Chile el 29 de noviembre de 2001, afirma en su artículo III que para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, entre ellas:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales, entidades privadas o ambas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como: el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración.

<sup>47</sup> Felicia González, en entrevista efectuada el 2 de junio de 2008.

Para una mirada a futuro se preguntó a los especialistas, *¿cómo cambiará, o debiera cambiar la educación para los niños y niñas con discapacidad, una vez ratificada la Convención ONU por el Estado de Chile?* Paulina Godoy explicó:

“Creo que si las leyes no vienen amarradas con recursos y nuevos planteamientos no cambiará significativamente. En el caso nuestro, como Ministerio de Educación, sí puede que sea una norma que obligue a poner foco en ciertos temas. Creo que la implementación requiere mucha articulación intersectorial, y gran voluntad política para que los temas estén en el tapete y no se caigan”.

Felicia González expresó:

“Hay muchas tareas que realizar:

- a. Un trabajo profundo con las familias;
- b. Modificar los mecanismos de gestión en los diferentes Ministerios, debemos pensar que la discapacidad es transversal, no es sólo Educación;
- c. Sensibilización de la comunidad;
- d. Trabajar con las organizaciones de y para las personas con discapacidad;
- e. Revisar el sistema legislativo actual;
- f. Crear conciencia en los estamentos de educación superior estatal y privada;
- g. Crear conciencia del derecho al trabajo en las empresas;
- h. Cambiar los sistemas de mensajes en las Comunicaciones”.

Patricia Araneda declaró:

“Creo que la educación cambiará, ya que la legislación internacional, en este caso la Convención, obligará al Estado chileno a cumplir con el resguardo de los derechos. Se puede solicitar aumentar los presupuestos reservados a los servicios educativos destinados a las personas con discapacidad. Se debería realizar seguimiento del cumplimiento de las medidas en educación, ello también será muy positivo”.

*¿Integración en escuela regular o escuela especial?*

Existen diferentes posturas respecto de las modalidades de atención educativa de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales<sup>48</sup>.

Por un lado, están los que piensan que el foco del proceso educativo de los alumnos debe estar en prepararlos para que estén en mejores condiciones de enfrentarse a los desafíos de la vida adulta. Que dada la complejidad de la discapacidad, los alumnos se benefician más de una educación especializada segregada. De acuerdo con esto se busca desarrollar las competencias o conductas que los alumnos requieren con el fin de compensar los efectos de su discapacidad. Por otro lado, están quienes sostienen que los objetivos fundamentales y contenidos mínimos de la educación chilena son un derecho inalienable de todos los niños y niñas y que son esenciales para el pleno ejercicio de la vida ciudadana. Por esto, se postula que todos los niños puedan acceder y participar desde la más temprana edad a la enseñanza común. Finalmente, hay posturas intermedias que combinan elementos de las perspectivas planteadas anteriormente, evidenciando un proceso de transición entre ambos paradigmas<sup>49</sup>.

“La integración está referida al grupo específico de las personas con discapacidad y es un movimiento que surge desde la educación especial e implica la transformación de ésta”. De acuerdo con lo señalado por Rosa Blanco,

el concepto de inclusión es más amplio que el de integración y parte de un supuesto distinto, porque está relacionado con la naturaleza misma de la educación general y de la escuela común. La inclusión implica que todos los niños de una determinada comunidad aprendan juntos, independiente de sus condiciones personales, sociales o culturales... Mientras que en la integración el énfasis está en la adaptación de la enseñanza en

---

<sup>48</sup> El argumento esencial para defender la integración tiene que ver con una cuestión de derechos y con criterios de igualdad y justicia, todos tienen derecho a educarse en un contexto normalizado que asegure su futura integración y participación en la sociedad. Otro argumento a favor de la integración tiene que ver con la calidad de la educación misma, el sistema educativo en su conjunto se ve beneficiado, ya que exige una mayor competencia profesional de los profesores y proyectos educativos más amplios y diversificados que se puedan adaptar a las distintas necesidades de todos los alumnos, además se desarrollan valores y actitudes de solidaridad, respeto y colaboración. BLANCO GUJJARRO (n. 13)

<sup>49</sup> GODOY, MEZA, SALAZAR (n. 31).

función de las necesidades específicas de los niños integrados; en la inclusión, el centro de atención es la transformación de la organización y respuesta educativa de la escuela para que acoja a todos los niños y tengan éxito en su aprendizaje<sup>50</sup>.

Se preguntó a los especialistas en educación, de acuerdo con sus experiencias como profesionales, *si sería mejor que los padres optaran por la integración en una escuela regular o por una escuela especial*. Paulina Godoy expresó:

“En esto soy muy respetuosa. Los padres han vivido distintos tipos de experiencias, a veces muy dolorosas. Creo que cada familia con su sabiduría debería elegir, ellos son los indicados para decidir, pero asesorados por profesionales. Esto hay que verlo caso a caso. Con todo, en una escuela regular el ambiente normalizador es una oportunidad que no dan las escuelas especiales. Aun así, creo que lo importante es que se sientan integrados, y habría que buscar un establecimiento que les dé esa oportunidad”.

Felicia González manifestó:

“Los padres son libres de elegir el Sistema de Educación que ellos crean más adecuados para sus hijos según sus experiencias y valores. Sin embargo, en la opción Escuela Especial o Escuela Regular para los padres les es difícil elegir, porque no están informados de las debilidades y fortalezas de uno o de otro, y por otro lado, aceptan donde les abran las puertas y sus hijos sean bien tratados y queridos”.

Rosario Cordero dijo:

“Hablar de integración es un tema muy amplio, primero porque cada niño con discapacidad es diferente. Personalmente me preguntaría, ¿por qué integrarlos a una educación normal? Si el niño está preparado, si existen buenos mediadores, quizá. Con mi experiencia, pienso que son muy contados los casos en que se puede integrar”.

---

<sup>50</sup> BLANCO GUIJARRO (n. 13), pp. 62-63.



Patricia Araneda declaró:

“Creo que es decisión de las familias el lugar donde se educan sus hijos, pero para ello es necesario establecer un sistema informativo masivo que oriente respecto a las diversas opciones que el sistema educativo les ofrece. La opción de integración, sin duda, es la predilecta ya que los niños con discapacidad aprenden a convivir con todos, se les desafía a compartir, aprender y estudiar con otros niños/as que no tienen discapacidad”<sup>51</sup>.

Puede observarse que todas las especialistas manifiestan la importancia de que exista un sistema de información claro y oportuno que dé a conocer las distintas opciones, y sus ventajas y defectos, para una decisión acertada de acuerdo con cada caso particular.

Ahondando un poco más en este aspecto se preguntó *si los niños se integran realmente en las escuelas con proyectos de integración*.

Paulina Godoy contestó:

“Las generalizaciones son ingratas, creo que tiene que ver con cada escuela, con los sostenedores, con el equipo directivo, con su compromiso”.

Felicia González manifestó:

“Existe una integración social, y a través de los proyectos bien guiados depende de muchos factores académicos. La integración no es solamente social, el proyecto de integración es una muy buena opción, sin embargo, tiene muchas dificultades en su realización y desarrollo”.

Rosario Cordero declaró:

“Creo que la integración no es real, porque sólo existe una línea clara y precisa en el papel, pero no en la práctica”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Patricia Araneda: “La educación especial se puede dar en los dos tipos de escuela (especial y común con proyecto de integración), lo que cambia es la escuela”.

<sup>52</sup> Rosario Cordero: “En la mayoría de los colegios católicos se están integrando niños, pero ¿quién está a cargo de estos programas? si uno observa estos, ve que los niños deambulan permanentemente por los colegios perdiendo su tiempo”. De algunas de sus

Patricia Araneda respondió:

“Creo que los niños sí se integran en los proyectos de integración, hay de todas maneras una variedad de situaciones que pueden hacernos pensar que se les segrega dentro de la propia escuela, pero en general, ello se está superando. La integración es un proceso, que se ha ido dando paso a paso”.

Se aprecia una divergencia de opiniones, probablemente dadas por las distintas experiencias y criterios. No hay acuerdo respecto de la efectividad de la integración.

*Término de la escolaridad obligatoria  
e inserción laboral*

Se estimó adecuado abarcar someramente la etapa del término de la escolaridad e ingreso a la vida laboral, por ser éste el resultado directo del sistema de educación. Si no existe una buena educación, que además entregue la posibilidad de certificar lo aprendido, no hay opción de acceder a un trabajo. La consiguiente consecuencia es la imposibilidad de ganar un sueldo, poder autofinanciarse y vivir de manera independiente.

“En todas las sociedades las personas con discapacidad no han sido plenamente integradas al mercado laboral. La mayoría de ellas están desempleadas o han sido disuadidas de que busquen trabajo activamente. Entre las que trabajan, muchas están subcontratadas, reciben salarios inferiores al mínimo y trabajan por debajo de su capacidad. Esta falta de participación económica influye en, gran medida, en la vida de las personas con discapacidad, ya que son entonces incapaces de ganar lo suficiente para mantener un nivel de vida adecuado y vivir de forma autovalente en la comunidad”<sup>53</sup>.

---

experiencias como profesora dijo “los niños normales aprenden a sensibilizarse sobre las dificultades de los niños con discapacidad, pero no pasa más allá. No participan con él, no lo integran, y muchas veces les tienen temor por sus conductas agresivas, las cuales se ven favorecidas por el exceso de frustración que sufre un niño con discapacidad en un sistema de educación normal”.

<sup>53</sup> *De la exclusión a la igualdad...* (n. 12), p. 12.

En este aspecto se preguntó a los expertos, *¿qué pasa con los jóvenes con discapacidad luego de que terminan la escolaridad obligatoria?* Paulina Godoy reveló:

“Tenemos estudios que dicen que el 80% se va para la casa luego de que terminan la escolaridad obligatoria. Para ello estamos trabajando en un programa para que las escuelas den una respuesta a esto, que les permita continuar adelante, con estudios superiores, o con un trabajo”.

Felicia González manifestó:

“Es la gran debilidad del sistema, la escuela que tiene proyectos de integración básica o media, y la escuela especial, NO preparan para la vida del trabajo. Es fundamental hacer una modificación curricular profunda y con un análisis del contexto laboral nacional. Los jóvenes vuelven a sus casas sin ninguna proyección laboral, no saben utilizar el tiempo libre”.

Rosario Cordero expresó:

“En relación a la inserción laboral, no existe, es decir, no hay continuidad con el trabajo realizado, sólo en aquellos casos en que los contrata un familiar, así y todo es muy difícil por su baja tolerancia a la frustración”.

Ninón François dijo:

“Esto es lo más débil de nuestro país, ya que casi no hay inserción laboral, falta mucha sensibilización y cambio cultural”.

De esta forma, es posible concluir que este aspecto no está resuelto y que es uno de los más débiles del sistema de educación. No existe continuidad, y las personas con discapacidad en la generalidad de los casos no pueden acceder a un empleo. Debería existir una manera de acreditación alternativa de estudios, porque la mayoría de los trabajos requieren como requisito mínimo tener cuarto medio aprobado, y con la estructura actual de educación no es posible para muchas personas con discapacidad obtenerlo, no pudiendo siquiera postular al amplio universo laboral.

*Educación en Chile  
para las personas sordas*

Relativo a la educación para las personas con discapacidad auditiva<sup>54</sup>, se entrevistó a Erwin Frei<sup>55</sup>. Se le preguntó acerca de la *situación actual de la educación para los niños sordos en Chile*, señaló:

“Mi visión es que no están recibiendo una educación acorde a sus necesidades y potencialidades<sup>56</sup>. En general, percibo que es una educación de mala calidad y altamente inequitativa, si bien reconozco claramente experiencias educacionales bien encaminadas, pero son casos puntuales y no reflejan la realidad a nivel nacional”.

Luego se le preguntó acerca de las *medidas estatales para acabar con la diferencia de oportunidades que existe en Chile, en relación a la educación de los niños sordos y los niños sin discapacidad*, a lo que respondió:

“En los últimos dos años se visualiza una mayor preocupación estatal por brindar mejores oportunidades a los niños y niñas sordas que se educan en las escuelas municipales y particulares subvencionadas de este país<sup>57</sup>. De manera muy especial sugiero una fuerte política de formación a los profesores de sordos que están ejerciendo a nivel de escuelas de sordos”.

---

<sup>54</sup> Discapacidad sensorial de tipo auditiva: alteración de la audición, sordera congénita, presbiacusia, síndrome de Ulsher, hipoacusia. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl)

<sup>55</sup> Erwin Frei, en entrevista efectuada el 2 de junio de 2008. Profesor de Educación Diferencial, especialista en trastornos de audición y lenguaje. Ha participado en diversos estudios sobre las personas sordas y su educación, entre ellos: *La integración Escolar, factores que inciden en la calidad*, estudio realizado en el ámbito nacional, financiado por el MINEDUC y llevado a cabo por investigadores del Departamento de Educación Diferencial UMCE; y *Propuesta de un modelo explicativo de adquisición de la lectoescritura en niños sordos: diseño, implementación y evaluación de estrategias metodológicas*, proyecto FONDECYT, N°1010945), Escuela de Posgrado de Psicología, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>56</sup> Erwin Frei: Mi visión se basa a partir de mi amplia experiencia como profesor de niños sordos, padre de una niña hipoacúsica leve y de una niña sorda, formador de profesores de niños sordos a nivel inicial y continua y, especialmente, como investigador en el área, con estudios de la realidad educacional de los sordos a nivel país.

<sup>57</sup> Erwin Frei: “Reconozco el esfuerzo que está realizando el Ministerio de Educación y creo que está muy bien encaminado. Sí creo que debiera explicitar con mayor fuerza sus líneas de acción a las diferentes escuelas de sordos del país”.

Como sabemos, es un deber del Estado adoptar las medidas pertinentes para facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas, además de asegurar que la educación de las niñas y los niños sordos o sordo-ciegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.<sup>58</sup>

Respecto a la opción de educación integrada o escuela especial se le preguntó a Erwin Frei *si sería mejor que los padres de niños sordos optaran por la integración o por una escuela especial*, respecto a lo cual contestó:

“Ésta es una de las preguntas fundamentales al momento de decidir el tipo de educación para nuestros hijos sordos. Mi señora<sup>59</sup> y yo, hemos optado por entregarle una educación bilingüe-bicultural a nuestra hija sorda, para eso la hemos matriculado en la única escuela de este país, que a nuestro juicio y de acuerdo a nuestra experiencia, mejor desarrolla este enfoque educativo<sup>60</sup>. Queremos que ella desarrolle, en primer lugar, una fuerte identidad como persona sorda y adquiera la lengua de señas chilena”.

Relacionado a esto se le preguntó *si los niños sordos se integran realmente en las escuelas con proyectos de integración*, a esto indicó:

“Mi percepción es que los niños sordos al integrarlos en los primeros niveles educacionales son claramente perjudicados en el desarrollo de una educación de calidad y equidad para ellos. No pienso igual si queremos integrarlos a nivel de enseñanza media y/o universitaria”.

Respecto a la inserción laboral se le preguntó, *¿qué pasa con los jóvenes sordos luego que terminan la escolaridad obligatoria?*, a lo que manifestó:

“En general, creo que los Medios de Comunicación Social y, especialmente, la interpretación de los noticiarios en la televisión ha hecho que los imaginarios sociales estén cambiando,

---

<sup>58</sup> De acuerdo con el artículo 24 número 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Discapacidad.

<sup>59</sup> María Ángela Soteras, profesora de sordos e investigadora en el área, UMCE.

<sup>60</sup> Escuela Dr. Jorge Otte Gabler, dependiente del Instituto de la Sordera. Santiago de Chile.

respecto a las capacidades y posibilidades de las personas sordas. Todavía se aprecia un alto nivel de fracaso en la continuidad de estudios y tiene que ver más que nada con la educación que han recibido y no por su condición de sordos”.

Para terminar se le preguntó respecto a los *cambios en la educación para las niñas y niños sordos, una vez que se ratifique la Convención ONU en Discapacidad por el Estado de Chile*, a esto señaló:

“Primero que nada, pedir que se cumplan a cabalidad las convenciones y acuerdos que el estado chileno ya ha firmado en años anteriores<sup>61</sup>. Independiente de los nuevos acuerdos, creo que ya debiéramos considerar seriamente la implementación de los anteriores, sobre todo que algunos de ellos ya tienen más de diez años”.

#### *Educación en Chile para las personas ciegas*

La información relativa a la educación de las personas con discapacidad visual<sup>62</sup> fue proporcionada por María Soledad Cisternas<sup>63</sup>, abogada y cientista política, directora del Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Universidad Diego Portales. Se le preguntó acerca de la *situación actual de la educación para las niñas y niños ciegos en Chile*. La abogada manifestó:

<sup>61</sup> Erwin Frei: “Menciono algunas de las declaraciones y acuerdos:

a. Con la firma de las Normas Uniformes Chile se comprometió, entre otras cosas a “considerar la utilización de la lengua de señas en la educación de los niños sordos, así como en sus familias y comunidad” y a que “la educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios”;

b. En la Declaración de Salamanca, el estado chileno asume lo planteado en el Artículo 21, a “garantizar que todos los sordos tengan acceso a la enseñanza en la lengua de signos de su país”.

<sup>62</sup> Discapacidad sensorial de tipo visual: pPersonas con disminución en la capacidad visual que considera, entre otras, las siguientes enfermedades: glaucoma, cataratas, astigmatismo, distrofia y leucoma corneal, retinopatías, retinosis pigmentosa, ceguera. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl)

<sup>63</sup> María Soledad Cisternas, en entrevista efectuada el 27 de mayo de 2008. Abogada, incorporada al Registro de Expertos en Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Ha realizado clases magistrales, ponencias tanto en Chile como en el extranjero, siendo directora de distintos proyectos sobre inclusión social. Fue portavoz de la delegación de Chile ante el Comité Ad-hoc de la ONU para la elaboración de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y miembro de la delegación OPS/OMS en la constitución del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de la OEA.

“La educación presenta falencias, ya que aún no está internalizada la concepción de ajustes razonables<sup>64</sup>, y cómo estos se deben operacionalizar en materia educativa<sup>65</sup>. Estimo que también hay deficiencias en la formación inicial docente, de modo de hacer concreta la calidad de la educación en la diversidad”.

El Estado *debe* adoptar las medidas pertinentes para asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social. Debe, también, facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares<sup>66</sup>.

En cuanto a las medidas para terminar con las falencias se le preguntó a M<sup>a</sup> Soledad Cisternas, *¿qué se necesitaría a nivel estatal, para acabar con la diferencia de oportunidades que existe en Chile, en relación con la educación, de los niños(as) ciegos y los niños(as) sin discapacidad?*, a esto dijo:

“Existe una política estatal en la materia, orientada por una legislación previa. No obstante, resulta indispensable consignar con mayor detalle la regulación normativa, las medidas de acción afirmativa<sup>67</sup> para lograr el propósito de la calidad de la educación de estas personas”.

---

<sup>64</sup> Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2º de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas).

<sup>65</sup> Según el artículo 24 número 2 letra c de la Convención sobre Discapacidad de Naciones Unidas, para hacer efectivo el derecho a una educación inclusiva el Estado debe asegurar se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales.

<sup>66</sup> De acuerdo con el artículo 24 número 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Discapacidad.

<sup>67</sup> Las medidas de acción afirmativa están establecidas en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA, ratificada por Chile, y expresamente se consagra que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.

Respecto a la integración educativa de los niños ciegos se le preguntó si según su experiencia profesional, *¿sería mejor que los padres de niños ciegos optaran por la integración en escuelas regulares o por una escuela especial?* A esta pregunta respondió, indicando que:

“Definitivamente la opción es la inclusión educativa, ya que así es la vida misma, en que todos convivimos con nuestras diferencias. En tal sentido, la educación forma parte de la preparación integral para la vida”.

Con el objetivo de dar una breve mirada a la inserción laboral de los jóvenes ciegos se le preguntó, *¿qué pasa luego de que terminan la escolaridad obligatoria?*, a lo que contestó:

“Después del periodo de educación obligatoria, algunos optan por la educación superior y luego el trabajo; otros pasan directamente de aquel espacio formativo al ámbito laboral. En ambos casos la inserción laboral es difícil, principalmente debido al desconocimiento de la sociedad y particularmente de los empleadores, en cuanto a las capacidades y potencialidades de un trabajador con discapacidad visual, a lo que se suma las casi inexistentes medidas de acción afirmativa a nivel legal y político para facilitar dicho proceso”.

Al haber ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre Discapacidad, de acuerdo con el artículo 4º, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Esto requiere las medidas de acción afirmativa señaladas por María Soledad.

Por último, para una visión de futuro, se le preguntó, *¿cómo debería cambiar la educación para las niñas y niños ciegos una vez ratificada la Convención ONU sobre Discapacidad por el Estado de Chile?*, a lo cual señaló:

“Considero que debería existir un tránsito importante de implementación de la Convención a todo nivel, lo que implica no sólo efectuar declaraciones programáticas sino profundizar en los conceptos, para comprender cómo debe efectuarse su aplicación y complementariedad en el sistema regular de enseñanza. En este contexto, y efectuadas las transformaciones en



la forma adecuada, se vislumbran buenas perspectivas para la educación de los estudiantes con discapacidad visual, en términos de inclusión y de calidad de la misma”.

Se conversó también con Pablo Celis, quien nos dio su visión personal acerca de la integración. Pablo<sup>68</sup> es actualmente ciego, pero cursó toda su enseñanza básica y media teniendo baja visión. Él asiste ahora a la escuela especial Santa Lucía<sup>69</sup> para lograr la inserción laboral. Dice que ahí ha aprendido acerca de sus derechos, y de la legislación relativa a la discapacidad, lo que en una escuela regular nunca aprendió. Nos dijo:

“En las escuelas regulares los mismos compañeros de curso te discriminan. Yo estuve en 30 colegios, particulares y municipales. Personalmente, si tuviese un hijo ciego, no lo pondría en una escuela regular”<sup>70</sup>.

En septiembre del año pasado, los padres de una niña ciega escribieron una carta al diario *El Mercurio* dando a conocer la situación de discriminación de la que había sido víctima su hija: no le fue posible dar la prueba SIMCE porque no existe en sistema Braille. Dijeron:

“Este año, en el mes de noviembre, nuestra hija debe rendir la prueba SIMCE, como todos los niños que cursan 4° y 8° básico en nuestro país. El colegio, a través de la coordinadora de ciclo, realizó todas las consultas al MINEDUC sobre cómo obtener la prueba en braille para esta niña integrada. ¿Cuál fue la respuesta?, no existe prueba SIMCE en braille”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Pablo Celis, en entrevista efectuada el 19 de mayo de 2008.

<sup>69</sup> Escuela Santa Lucía, para personas con dificultades visuales. Ofrece servicios gratuitos, educación prebásica, básica, laboral, de integración y rehabilitación para un grupo étareo amplio. [www.santalucia.cl](http://www.santalucia.cl)

<sup>70</sup> Pablo Celis: “Yo veo a los niños de la Escuela Santa Lucía y ellos están entre iguales, yo tenía grandes anteojos y me molestaban”.

<sup>71</sup> SIMCE en Braille, Cartas al Director, en *El Mercurio*, 30 de septiembre de 2007, [www.emol.com](http://www.emol.com)

### *Educación en Chile para las personas con discapacidad física*

En lo relativo a la discapacidad física<sup>72</sup>, se entrevistó a Rossana Garay<sup>73</sup>. Se le preguntó acerca de la *situación actual de la educación para los niños con discapacidad física en Chile*, a esto afirmó:

“Me parece que hoy, principalmente se ven enfrentados a problemas de accesibilidad, desplazamiento y funcionalidad del mobiliario en los colegios. Antiguamente eran discriminados por ignorancia, por desconocimiento, pues se pensaba que todas las personas con discapacidad tenían también una deficiencia mental, y que no podían estudiar, ni interactuar de igual a igual con los demás niños. Pero hoy eso ha cambiado bastante. Gracias a diferentes instituciones y organizaciones, como la nuestra y, de manera fundamental a la Teletón, el tema de la discapacidad se visibilizó, se comenzó a hablar y se fueron conociendo las diferencias entre las distintas discapacidades”.

El artículo 20 de la Convención de la ONU trata sobre la movilidad personal. Este artículo consagra que el Estado debe adoptar medidas para asegurar la movilidad personal, con la mayor independencia posible. Entre éstas están:

- Facilitar la movilidad en la forma y en el momento que las personas con discapacidad lo deseen y a un costo asequible;
- Facilitar su acceso a asistencia, humana, animal o de intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, a costo asequible;
- Capacitar a las personas con discapacidad y al personal que trabaje con ellas en habilidades relacionadas con la movilidad; y
- Alentar a las entidades que fabriquen ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo para que consideren todos los aspectos relacionados con la movilidad<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Discapacidad física: personas con pérdida en la capacidad física. Las principales enfermedades asociadas son: parálisis cerebral, Parkinson, esclerosis múltiple, paraplejía, tetraplejía, hemiplejía, secuelas de poliomielitis, displasia, distrofia muscular, espina bífida, entre otras. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl) Visitada el 22 de abril de 2008.

<sup>73</sup> Rossana Garay Klaassen, en entrevista efectuada el 29 de mayo de 2008. Traductora e Intérprete de inglés y alemán, desde hace treinta años con una tetraplejía por un accidente deportivo, integrante del equipo administrativo de la Fundación Esperanza Nuestra y responsable nacional del Movimiento de Personas con Discapacidad Esperanza Nuestra.

<sup>74</sup> Sobre este punto desde el Ministerio de Educación no existe programa que apoye oficialmente el acceso de los estudiantes con discapacidad a la escuela, salvo experiencias

Se le preguntó sobre las *medidas que, a su juicio, debería adoptar el Estado para acabar con la desigualdad de oportunidades que existe en Chile, en relación con la educación de los niños con discapacidad física y los niños sin discapacidad*, a esto señaló:

“Se requiere exigir a todos los colegios a través de una ley que deben adecuar sus dependencias para que los niños con discapacidad física se integren realmente y se sientan incluidos por el sistema escolar”<sup>75</sup>.

En cuanto a la integración de los niños con discapacidad física se le preguntó *si sería mejor que los padres de esos niños optaran por la integración en escuelas regulares o por una escuela especial*, a esto dijo:

“En el caso de los niños con discapacidad física no tiene sentido optar por una escuela especial, pues mentalmente son normales. Para que se integren realmente a la sociedad deben realizar todas las actividades propias de un niño y la educación es una de las más importantes, de lo contrario, el niño crecerá sintiéndose discriminado, excluido, convirtiéndose después en un adulto inseguro, lleno de traumas”.

Siguiendo esta línea, con el objetivo de averiguar el nivel posible de integración se le preguntó *si los niños con discapacidad física se integran realmente en las escuelas con proyectos de integración*, a esto manifestó:

“Si los directores o sostenedores se preocupan de que el establecimiento tenga las adecuaciones necesarias, y entregue a los profesores la información relevante sobre la discapacidad del niño y sus necesidades, creo que la integración es posible”.

A continuación, con la finalidad de examinar brevemente lo relativo a la inserción laboral posterior se le preguntó, *¿qué pasa con los*

---

aisladas solventadas por los sostenedores (municipios). (Minuta de Unidad de Educación Especial. Materia: Aspectos relevantes relacionados con educación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Santiago, 22 de abril de 2008). Información proporcionada por la coordinadora nacional de educación especial.

<sup>75</sup> Rossana Garay: “Hacer más amigable el espacio físico para el niño con discapacidad, pues esto le hará sentirse más seguro”.

*jóvenes con discapacidad física una vez concluida la escolaridad obligatoria?*, respecto a lo cual respondió:

“Esto va a depender de varios factores, como la capacidad económica de la familia y el interés del joven por seguir estudiando, pero creo que no es diferente de lo que puede pasarle a cualquier otro joven sin discapacidad. Por supuesto, siempre y cuando las barreras sean franqueables, especialmente las que se relacionan con el desplazamiento por la ciudad. Todavía el transporte público no es una solución para todas las personas con discapacidad física, para ellos la clave o el primer paso es contar con transporte público accesible. Hay oportunidades de trabajo, pero, ¿cómo llegar hasta ese lugar?”.

Relativo al recién mencionado transporte, Alejandro Hernández de la Fundación Nacional de Discapacitados consignó:

“Hemos monitoreado y fiscalizado en terreno cómo los buses antiguos siguen circulando *sin* considerar accesos especiales, lo mismo la Empresa Metro en todas las estaciones de las líneas 1 y 2 que cruzan Santiago”<sup>76</sup>.

Esto va contra la ley N° 19.284 sobre Discapacidad, la cual señala “Cada nuevo medio de transportes debe considerar accesos especiales para personas con discapacidad”.

Por último, se le preguntó acerca de las *expectativas de cambio en el futuro, luego de la ratificación de la Convención ONU sobre Discapacidad por el Estado de Chile*, a esto expresó:

“Chile tendrá que ajustar sus leyes a las normas que establece esta Convención, por lo tanto, el Estado estará obligado a invertir en infraestructura, en mobiliario, en capacitación de los profesores, etcétera, en aquellos colegios o escuelas públicas, de menores recursos y que dependen del Estado; y podrá exigir a los privados para que hagan lo mismo. Imagino habrá sanciones para quienes no lo cumplan”.

---

<sup>76</sup> “Transantiago sigue discriminando a discapacitados”. Fundación Nacional de Discapacitados, 15 de febrero de 2008. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl)

*Educación en Chile para las personas  
con discapacidad intelectual*

El punto de vista de la discapacidad intelectual<sup>77</sup>, fue dado por Amalia Balart<sup>78</sup>. Se le preguntó, ¿cuál es la situación actual de la educación para los niños con discapacidad intelectual en Chile?, a lo que sugirió:

“El sistema escolar acoge e integra a los niños en su primera etapa<sup>79</sup>. En la práctica, a medida que crecen se aumenta la diferencia entre su edad cronológica y su edad mental y por ende se hace más difícil su inserción a un sistema escolar regular<sup>80</sup>. Finalmente, ellos suelen abandonar el sistema regular para reinserirse en un sistema alternativo, etapa<sup>81</sup> de adaptación dura de enfrentar tanto para ellos como para sus familias”.

Según el artículo 5º de la Convención de Montreal sobre Discapacidad Intelectual adoptada en la Conferencia OPS/OMS de 2004:

“El respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas con discapacidades intelectuales requiere su plena inclusión en la comunidad. A tal efecto, todas las personas con discapacidades intelectuales deben tener acceso a educación, capacitación e información con respecto a sus derechos y sus deberes”.

---

<sup>77</sup> Discapacidad intelectual: personas con dificultades en el plano intelectual. Algunas enfermedades asociadas son: síndrome de Down, síndrome de Prader Willi, síndrome de X Frágil, fenilcetonuria, Alzheimer, entre otros. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl)

<sup>78</sup> Amalia Balart, en entrevista efectuada el 1 de junio de 2008. Profesora de inglés Pontificia Universidad Católica, University of Missouri beca Instituto Internacional de Educación, Bachelor of Arts Major in English Florida Internacional University, magíster en Educación Especial Pontificia Universidad Católica, diecinueve años de experiencia como coordinadora de enseñanza básica, colegio The Newland School, doce años como socio fundador y miembro del directorio de Corporación Señales, entidad que sostiene un colegio y un centro de capacitación para niños y jóvenes con necesidades educativas especiales. [www.senales.cl](http://www.senales.cl) Visitada el 2 de julio de 2008.

<sup>79</sup> Amalia Balart: “En la mayoría de los establecimientos se integra desde una perspectiva social para ofrecer contacto con pares y lograr patrones conductuales más adaptados, si bien se sacrifica el aprendizaje y la estimulación cognitiva que estos jóvenes pudieran lograr si recibieran la atención que requieren en forma oportuna”.

<sup>80</sup> Amalia Balart: “Surgen las burlas y ellos ven menoscabada su confianza, se dan cuenta de cómo sus limitaciones no les permiten seguir el ritmo de aprendizaje de los demás”.

<sup>81</sup> Amalia Balart: “Etapa que se caracteriza por una búsqueda intensa en el plano personal, emocional, social y escolar en su intento por encontrar un lugar apropiado para pertenecer, crecer y seguir aprendiendo”.

Respecto a las *medidas que debiera adoptar el Estado para acabar con la diferencia de oportunidades mencionada en relación con la educación, de los niños con discapacidad intelectual y los niños sin discapacidad*, expresó:

“Se requiere ampliar el abanico de oportunidades en donde además de existir colegios para jóvenes sin discapacidad, también existan oportunidades de escolaridad alternativa para los jóvenes con discapacidad, instituciones que los acojan, les brinden experiencias de aprendizaje atingentes a sus realidades y capacidades, y sobre las cuales se puedan proyectar hacia un futuro de inserción al mundo del trabajo el día de mañana”<sup>82</sup>.

En cuanto a la elección de integración o escuela especial se le preguntó *si sería mejor que los padres de niños con discapacidad intelectual optaran por la integración en una escuela regular o por una escuela especial*, a esto afirmó:

“Me inclino fuertemente porque los padres escojan la opción de un colegio especial<sup>83</sup>. Nuestro sistema escolar regular no dispone de los recursos, ni económicos ni profesionales, para atender adecuadamente a estos jóvenes”.

Ahondando en la efectividad de la integración se le preguntó *si los niños con discapacidad intelectual se integran realmente en las escuelas con proyectos de integración*, a esto expresó:

“Creo que esto sólo es posible en los niveles de educación prebásica, la enseñanza es más concreta, además los niños no son tan conscientes de sus diferencias a esa edad”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Amalia Balart: “Se trata de generar programas de escolaridad alternativos, flexibles y sobre todo funcionales que abran espacios e integren en su verdadero sentido para crear condiciones adecuadas que les permitan desarrollarse como personas autovalentes y con una buena calidad de vida”.

<sup>83</sup> Amalia Balart: “Creo en la necesidad de no escatimar esfuerzos en lograr un diagnóstico acertado y oportuno, en brindar los apoyos de especialistas y orientar el desarrollo social, emocional y escolar asumiendo que un joven con necesidades especiales requiere condiciones especiales de educación y de apoyo para su real inserción el día de mañana”.

<sup>84</sup> Amalia Balart: “No obstante, al iniciar Primer Básico se hace evidente la diferencia en la ruta de aprendizaje que emprenderá un niño con discapacidad intelectual y de ahí en adelante tendrá una repercusión adversa muy significativa, si no se asume oportunamente la necesidad de un cambio en su escolaridad, no sólo por el estancamiento que se produci-

Dando un paso más allá, relativo a la inserción laboral, se le preguntó, *¿qué pasa con los jóvenes con discapacidad intelectual luego de que terminan la escolaridad obligatoria?*, a esto señaló:

“Según las cifras de educación, es fácil concluir que una gran mayoría trabaja en talleres protegidos o desempeñan oficios no calificados que requieren bajo nivel de experticia. Adicionalmente contamos con una empresa privada todavía algo temerosa y reticente a contratar a estos jóvenes, tanto por lo que legalmente implica como por los riesgos que conlleva para el trabajador”<sup>85</sup>.

De acuerdo con el artículo 27 de la Convención sobre Discapacidad de Naciones Unidas, las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar y a ganarse la vida, en igualdad de condiciones con las demás. El Estado debe prohibir la discriminación en cuestiones relacionadas con el empleo, promover el empleo por cuenta propia, la capacidad empresarial y el inicio del negocio propio, emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover su empleo en el sector privado y asegurar que se proporcione una comodidad razonable en el lugar de trabajo.

Relativo a esto se le preguntó, *¿cómo cambiará la educación para las niñas y niños con discapacidad intelectual, una vez ratificada la Convención por el Estado de Chile?*, a esto declaró:

“Creo que la educación debiera ofrecer oportunidades de escolaridad alternativa ACREDITADA que les permita aprobar enseñanza básica y media, de acuerdo con un plan curricular con una clara orientación al desarrollo de competencias básicas y desde una perspectiva funcional, para instalar en estos jóvenes autovalencia, conexión con su medio y redes sociales con las cuales interactuar, como también en forma posterior brindar acceso al trabajo remunerado, a un sistema de previsión y de salud. Sólo entonces podremos hablar de una sociedad inclusiva, que es un concepto más amplio y que abarca más en la vida de una persona”.

---

rá al no contar con métodos, recursos y profesionales especializados para ayudarlo a lograr sus aprendizajes básicos, sino también por su desarrollo afectivo, emocional y social y por su incapacidad para lograr una pertenencia afectiva a un grupo de pares para la vida”.

<sup>85</sup> Amalia Balart: “Aún así, es destacable y digno de felicitar a aquellas empresas que se han atrevido a abrir un puesto de trabajo para este universo de personas”.

*Educación en Chile para las personas  
con discapacidad de causa síquica*

En lo relativo a la discapacidad de causa síquica<sup>86</sup>, se entrevistó a Miguel Rojas<sup>87</sup>. Se le preguntó acerca de la situación actual de la educación para los niños con discapacidad de causa síquica en Chile, frente a lo cual expresó:

“Indudablemente Chile no está preparado para dar una educación adecuada a estos niños, porque se requiere preparar al personal, a los profesores, también un trabajo hacia los otros niños, para que entiendan la situación. Por otro lado, si instalamos colegios especiales vamos a estar segregando, no creo que sea una buena solución”.

En cuanto a las medidas estatales para acabar con esta diferencia de oportunidades que existe en Chile, en relación a la educación, de los niños con discapacidad de causa síquica y los niños sin discapacidad, explicó:

“El Estado debe hacer esfuerzos en torno a dedicar mayores recursos para los tratamientos de salud mental, y también para los niños y jóvenes con enfermedades mentales insertos en la educación. Existe un Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría que contempla los tratamientos de salud mental, pero no hay tratamientos para que haya oportunidades adecuadas para que puedan estudiar. Los programas del año 2000 no consideran el ámbito laboral, ni educativo, ni lo relativo a la cultura, etcétera. Para atender integralmente se requiere recursos, Chile destina 2,14 % del presupuesto de salud a salud mental, se necesita el 5%”.

---

<sup>86</sup> Discapacidad de causa síquica: personas con trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanente. Algunas enfermedades asociadas son: sicosis orgánica, paranoia, esquizofrenia, depresión bipolar, autismo, entre otras. [www.fnd.cl](http://www.fnd.cl) Visitada el 4 de junio de 2008

<sup>87</sup> Miguel Rojas, en entrevista efectuada el 30 de mayo de 2008. Presidente de la CORFAUSAM e integrante de la Comisión Nacional de Protección de las Personas afectadas de Salud Mental del Ministerio de Salud (esta comisión existe desde marzo del año 2001 y fue creada por el reglamento 570 de Internación de las Personas Afectadas de Enfermedad Mental y los Establecimientos que las proporcionan. La comisión tiene carácter asesor de la autoridad ministerial (ministro/a) y la integran personas de distintos ámbitos del quehacer que están vinculados a la salud mental).



Según el médico Alberto Minoletti:

“La solución de los problemas de salud mental constituye indiscutiblemente una tarea cada vez más importante de la salud pública en el mundo. Se calcula que 450 millones de personas sufren actualmente de trastornos mentales<sup>88</sup>. En Chile, la prevalencia en la vida de los principales trastornos mentales es de 36%, y los más frecuentes son la agorafobia (11,1%), la depresión mayor (9,0%), la distimia (8,0%) y la dependencia del alcohol (6,4%). Esta situación requiere, necesariamente, de una conducta activa por parte del Estado, lo que en Chile se traduce en la aplicación de estrategias de salud pública agrupadas en dos planes nacionales de salud mental y psiquiatría puestos en marcha por el Ministerio de Salud en los años 1993 y 2000”.

Volviendo al tema de la educación, se le preguntó a Miguel Rojas *si los niños con discapacidad de causa síquica se integran realmente en las escuelas con proyectos de integración*, a esto afirmó:

“La realidad que conocemos, es que además de tener la mejor intención, debe haber una capacitación especial para los profesores y el personal de los colegios, y un trabajo de sensibilización hacia la comunidad escolar respecto del tema, incluyendo a la gente que rodea el colegio”.

Avanzando un poco, con el objetivo de tener una breve visión de la inserción laboral de estas personas, se le preguntó, *¿qué pasa con los jóvenes con discapacidad de causa síquica luego de que terminan la escolaridad obligatoria?*, a esto indicó:

“Dentro del CORFAUSAM tenemos personas que trabajan en escuelas especiales, y escuchamos decir que falta preocupación en torno a entregar una mejor educación que piense en el futu-

---

<sup>88</sup> El impacto de las enfermedades mentales, tanto para la persona afectada como para sus familiares y la sociedad en general, es muy alto, no sólo en términos emocionales sino, también, financieros. Se calcula que el gasto ocasionado por estos trastornos puede equivaler a 3%-4% del producto nacional bruto de los países desarrollados (Alberto MINOLETTI, Alessandra ZACCARIA, “Plan Nacional de Salud Mental en Chile: 10 años de experiencia”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 18, N° 4-5, Washington, octubre-noviembre 2005.

ro, resuelva qué van a hacer a continuación de que terminan el colegio. No hay una oferta para esos jóvenes hoy, si no hay un empresario amable, o una organización que lo prepare, indudablemente es muy difícil, en Chile no hay espacio para ellos”<sup>89</sup>.

Por último, se le preguntó, *¿cómo cambiará la educación para las niñas y niños con discapacidad de causa síquica, una vez ratificada la Convención ONU sobre Discapacidad por el Estado de Chile?*, a esto señaló:

“Creo que en Chile tendrá que conformarse un equipo que se preocupe de darle cumplimiento a la Convención, si no hay un ente que esté a cargo de la implementación, entonces la Convención no servirá de mucho. En Chile, por un lado se firma la Convención, y por otro lado se firma legislación relacionada a la discapacidad que deja mucho que desear, ambos documentos deben estar acorde”.

#### *Visión de apoderados de niños o jóvenes con discapacidad*

Se evaluó que sería positivo exponer algunos testimonios de apoderados de niños con diferentes discapacidades, para visibilizar las experiencias con sus hijos en el sistema escolar, con la idea de ver las razones por las cuales se optó por un determinado sistema, y de constatar los resultados de esa opción. Se hará una exposición de las familias que optaron por la integración de sus hijos en colegios regulares<sup>90</sup>. Se les preguntó, *¿cuál ha sido tu experiencia en relación a la*

<sup>89</sup> Miguel Rojas: “No hay legislación que vaya para allá, no se asegura que vayan a tener un desarrollo que logre insertarlos en la sociedad Hay proyectos, de MIDEPLAN, pero son recomendaciones solamente, para que se contrate a personas con enfermedades mentales”.

<sup>90</sup> Para entender las razones de la elección de cada familia se preguntó: ¿por qué eligieron la opción de educación integrada? Rodrigo y Fabiola respondieron: “Porque siempre creímos que si nuestra hija era bien estimulada desarrollaría su potencial cognitivo, tratando de alcanzar el nivel de sus pares”. Zinnia dijo: “En mi caso, se optó por un colegio que ofreciera a Pedro la oportunidad de crecer como persona, pero respetando su ritmo de aprendizaje, sus dificultades, y también, que los profesionales pudieran reconocer las aptitudes que cada persona tiene, para trabajar, y perfeccionar las áreas fuertes, que constituyen un estímulo y recompensa para el niño que trabaja en ellas”. Teresa y Rodrigo respondieron: “La educación integrada siempre fue una opción que la prepararía mejor para su vida cuando adulta. Para que pudiera desenvolverse en forma lo más autónoma posible, y que tuviera un trabajo que pudiera sentirse realizada, entretenerse, ocupar su tiempo, ser un aporte a la sociedad, y no una carga”. María Eugenia explicó su opción: “Ella ha estado siempre en la educación regular. Fundamentalmente no queremos hacerla sentir diferente

*integración escolar de tu hijo(a)?* Rodrigo y Fabiola<sup>91</sup> son padres de Macarena, ella tiene una discapacidad motora y cognitiva, debido a una parálisis cerebral, ellos contestaron:

“Buena y mala. Buena porque desarrolló su área cognitiva más de lo que cualquier especialista podría predecir. Mala, porque no existe la integración social ni afectiva por parte del alumnado y a veces ni siquiera de parte del profesorado”.

Zinnia<sup>92</sup>, madre de Pedro, quien tiene un trastorno autista dijo:

“Siempre fue difícil, existen muchos prejuicios, ignorancia y falta de preparación del profesorado para poder integrar a alumnos con alguna dificultad cognitiva, pues aquellos que tienen discapacidad física es más fácil integrarlos, con sólo mirar basta entender el problema”<sup>93</sup>.

Teresa y Rodrigo<sup>94</sup> son padres de Paz, quien tiene síndrome de Down, ellos contestaron:

“Nuestra hija estuvo integrada desde los cuatro años en nivel prekindergarten hasta 6° básico. La experiencia fue muy positiva, en cuanto a la relación con los compañeros y los aprendizajes logrados. Lo que siempre faltó fue un proyecto de integración, que permitiera una mayor atención individual a los niños integrados”.

María Eugenia<sup>95</sup> es madre de Inés, quien tiene epilepsia. Respecto a su experiencia dijo:

---

al resto de los niños. Hasta ahora el problema lo podemos sobrellevar apoyándola mucho en casa”.

<sup>91</sup> Rodrigo Mardones y Fabiola Melo, en entrevista efectuada el 19 de mayo de 2008.

<sup>92</sup> Zinnia Kittsteiner, en entrevista efectuada el 16 de mayo de 2008.

<sup>93</sup> Zinnia Kittsteiner: “Nuestra experiencia ha sido dolorosa, pues en el afán de integrar a mi hijo a una escuela normal, fue sometido a mucho sufrimiento por parte de sus compañeros y apatía e incluso antipatía de parte de los profesores, ya que en colegios competitivos, no quieren en los cursos a aquellos alumnos que van a bajar el promedio, ya que lo que se busca es vender una imagen de eficiencia académica”.

<sup>94</sup> Teresa Ahumada y Rodrigo Muñoz, en entrevista efectuada el 22 de mayo de 2008.

<sup>95</sup> María Eugenia Bascañan, en entrevista efectuada el 23 de mayo de 2008.

“Ha sido muy difícil siempre, desde los inicios de su etapa escolar a los tres años de edad. Ha pasado por cuatro colegios y el año pasado repitió quinto. Ella aprende, pero necesita más tiempo para el aprendizaje, siempre está desfasada”.

La hija de Soledad<sup>96</sup> se llama Catalina, quien tiene una discapacidad motora y cognitiva. Respecto a la pregunta Soledad respondió:

“En un principio fue muy buena, por la posibilidad de sociabilizar con otros niños, no fue discriminada y participaba bastante bien con los demás niños”<sup>97</sup>.

Los apoderados fueron muy comprensivos y miraban con buena cara la integración ya que para sus hijos también era bueno, el conocer y relacionarse con diferentes realidades<sup>98</sup>. Lamentablemente no tenía mayor información, y aparte de eximirla de algunas asignaturas como Inglés y Educación Física, no hubo ninguna asistencia de alguna metodología que hubiera facilitado el aprendizaje de lectura de Catalina, por lo que en los grados superiores se empezó a poner cada vez más difícil la situación<sup>99</sup>. Al llegar a octavo básico se acabó el programa de integración y debimos retirarla. Nunca pudimos entender por qué sólo llegaba hasta ese año. Lo lamentamos, pero no había más alternativas, y quisimos intentar otras opciones, las cuales tampoco se dieron. En definitiva, no tuvimos más alternativas y la tuvimos que reinsertar en un taller de rehabilitación.

### *Una mirada a futuro*

Según Rosa Blanco, la primera consideración que debe hacerse es que

<sup>96</sup> Soledad García, en entrevista efectuada el 30 de mayo de 2008.

<sup>97</sup> Soledad García: “Eso sí con la ayuda de una auxiliar de párvulos que la asistía a ella, ya que es totalmente minusválida”.

<sup>98</sup> Soledad García: “El colegio también tuvo buenas intenciones y disponibilidad, facilitaba la asistencia de la auxiliar y de tener clases en el primer piso para que pudiera participar mi hija”.

<sup>99</sup> Soledad García: “Esto debido a que la complejidad iba aumentando y ella no podía avanzar, sintiéndose cada vez peor por esta situación y menoscabando mucho su autoestima ya que ella se sentía “tonta” y aun cuando ella tenía habilidades intelectuales para lograrlo, no existía la metodología ni conocimientos por parte del colegio para orientar y facilitar este aprendizaje”.

“el desarrollo de escuelas inclusivas es un proceso de cambio importante que lleva tiempo y ha de realizarse en forma gradual. No es necesario esperar a que se den todas las condiciones favorables para iniciar el proceso porque entonces no se empezará nunca... La segunda consideración es que las condiciones para el desarrollo de escuelas inclusivas no sólo favorecen la integración de niños con discapacidad a la escuela regular, sino que favorecen la calidad de la enseñanza para todos y contribuyen a frenar la desintegración de muchos otros niños que presentan dificultades de aprendizaje o de adaptación a la escuela como consecuencia de una enseñanza inadecuada<sup>100</sup>.

*¿Existen en Chile las condiciones para el desarrollo de escuelas inclusivas?* Según las opiniones expresadas anteriormente, por expertos y por apoderados, no existen estas condiciones actualmente en Chile, o existen sólo en parte. Según Rosa Blanco:

“muchos pensarán que el desarrollo de escuelas inclusivas es una utopía y están en lo cierto, pero las utopías son necesarias para lograr un mundo mejor, y la educación es un instrumento esencial para transformar la sociedad. La educación inclusiva ha de ser una política del Ministerio de Educación en su conjunto, porque implica una transformación de la educación general y no sólo de la educación especial como en el caso de la integración. La integración se está impulsando, generalmente, desde las divisiones de educación especial de los ministerios, lo que dificulta su desarrollo y generalización. Aunque la legislación por sí sola no asegura el éxito de la inclusión educativa, es un aspecto muy importante, ya que contar con ella permite establecer derechos y responsabilidades, articular políticas in-

---

<sup>100</sup> Las condiciones para el desarrollo de escuelas inclusivas son: 1. Valoración de la diversidad como un elemento que enriquece el desarrollo personal y social; 2. Políticas educativas y marcos legales que promuevan la inclusión en todas las etapas educativas; 3. Currículo amplio y flexible que se pueda diversificar y adaptar a las diferencias sociales, culturales e individuales; 4. Proyectos educativos institucionales que contemplen la diversidad y compromiso con el cambio; 5. Relación de colaboración entre todos los implicados en el proceso educativo; 6. Enfoques metodológicos que faciliten la diversificación y flexibilidad de la enseñanza; 7. Criterios y procedimientos flexibles de evaluación y de promoción; 8. Buen clima afectivo y emocional en la escuela y el aula; 9. Disponibilidad de recursos de apoyo para todos lo que lo requieran; 10. Desarrollo profesional, BLANCO GUIJARRO (n. 13), pp. 64-65.

tersectoriales y sectoriales, y asegurar la prestación y mantenimiento de recursos y servicios”<sup>101</sup>.

El proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley N° 19.284 sobre integración social de las personas con discapacidad fue presentado por el Ejecutivo el año 2005. Este proyecto aún no ha sido aprobado, y no tiene urgencia. Actualmente, se encuentra en el segundo trámite constitucional en la Comisión de Salud del Senado, donde se está llevando a cabo la discusión de las indicaciones presentadas por los senadores. El proceso de tramitación es lento, y generalmente se discuten alrededor de ocho indicaciones a la semana, de ciento ochenta y dos presentadas, por lo que podría estimarse que tardará mucho más de un año en ser finalmente aprobado<sup>102</sup>. A pesar de la presentación de este proyecto, surgen pocas luces sobre la determinación del gobierno de Chile por desarrollar una agenda comprehensiva e integrada a la discapacidad. En la cuenta anual presidencial del 21 de mayo de 2008, la Presidenta de la República de Chile hizo mención a las nociones de *democracia inclusiva* y *diversidad*, como objetivos fundamentales para los años por venir. Sin embargo, al referirse a determinados colectivos marginados, nombró brevemente a los pueblos originarios y a las mujeres, pero no a las personas con discapacidad (ni en ese apartado ni en el segmento de educación, donde podría haber mencionado a la educación especial). A la luz de las declaraciones levantadas en el contexto de este informe, parece sugerirse que tal omisión no resulta casual, sino sintomática de una falta de política adecuada y agresiva, orientada a visibilizar y enfrentar los desafíos de la discapacidad en general y la educación especial, como política de Estado.

---

<sup>101</sup> BLANCO GUIJARRO (n. 13), p. 72.

<sup>102</sup> El Programa Jurídico sobre Discapacidad de la Facultad de Derecho, por intermedio de su directora María Soledad Cisternas Reyes, y su asistente Andrea Balart Armandariz, ha sido invitado a participar en estas discusiones, pudiendo aportar la visión jurídica que ilustra los derechos consagrados en el ámbito internacional, con el objetivo de que la futura ley chilena sobre discapacidad los contemple y asegure (María Soledad Cisternas Reyes es además miembro de la Delegación de Chile ante el Comité Ad-Hoc de la ONU que elaboró la Convención y miembro del Registro de Expertos de la ONU en materia de discapacidad).

## DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

---

### ABSTRACT

Una sociedad democrática se destaca, entre otras cosas, por un fuerte compromiso igualitarista. En virtud de tal condición, los Estados deben redoblar sus esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de todos y, en particular, los de aquellos grupos que suelen ser objeto de violencia, discriminación y dominación. En el caso de las mujeres, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece un estricto *set* de obligaciones que los Estados deben cumplir para honrar su compromiso con la igualdad. En particular, deben ser capaces de generar información precisa y que dimensione efectivamente los problemas experimentados por las mujeres en todos los ámbitos de lo social y específicamente, en aquellas áreas más invisibilizadas (como la familia). Al mismo tiempo, deben garantizar activamente que toda forma de violencia en contra de las mujeres sea no sólo sancionada sino, también, prevenida y erradicada en el tiempo. Lo anterior, implica evitar una concentración exclusiva en los mecanismos de intervención penal. Finalmente, se ven obligados a respetar y garantizar niveles adecuados de autonomía moral a favor de las mujeres, especialmente en áreas particularmente sustanciales para ellas, como la salud sexual y reproductiva. Este capítulo revisa una serie de hechos preocupantes ocurridos durante 2007 y 2008 en contra de las mujeres en Chile. En especial, se presta atención a los preocupantes y reiterativos hechos de violencia contra la mujer y de la insuficiencia de información y políticas adecuadas para la erradicación de esta calificada violación a los derechos humanos. En esta materia se observa una proliferación de propuestas normativas que sin perjuicio de su intención, no aseguraran un resultado adecuado, al no ir acompañadas por políticas públicas integrales, que promuevan, entre otras cosas, el acceso a la justicia y una vida sin violencia. Al mismo tiempo, se da cuenta de la decisión del TC de Chile y que recayó

en el requerimiento de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad. El capítulo concluye revisando la forma en que dicho fallo constituye un retroceso en el reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, perpetuando, además, las condiciones generalizadas de discriminación entre las mujeres pobres y las ricas en Chile. Tal fallo, además, presenta graves vicios asociados a la debida imparcialidad que todo proceso debe seguir.

**PALABRAS CLAVE:** mujeres, violencia, falta de estadísticas de género, medidas de protección, acceso a la justicia, salud sexual y reproductiva, imparcialidad del tribunal.

### I. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CHILE: UNA CONSTANTE PREOCUPANTE

Uno de los casos que más conmovió a la opinión pública en 2007 fue el ocurrido en Punta Arenas a María Alvarado, una mujer de veintiún años, con ocho meses de embarazo. Fue encerrada por su marido en un auto, prendiéndole fuego al automóvil. María Alvarado quedó con el 40% de su cuerpo quemado<sup>1</sup>. Logró dar a luz, y debió ser trasladada a Santiago para el tratamiento de las graves quemaduras<sup>2</sup>.

Este caso no es excepcional, pero no se da la necesidad de confundir un análisis más global sobre la violencia contra la mujer. Hasta hace poco, la violencia en contra de las mujeres era vista por los gobiernos como una cuestión social que afectaba a un número pequeño de personas, pero sin significación política y social<sup>3</sup>. En los últimos quince años, sin embargo, la violencia en contra de las mujeres ha pasado a ser entendida como una violación a los derechos humanos. Lo anterior importa, con todo, no perder de vista que la violencia no es un problema que sólo debe ser resuelto por los aparatos de administración de justicia, sino que involucra a todos los agentes del estado, y la sociedad civil en general<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “Gobierno promoverá proyecto que tipifica como delito el femicidio”, *La Nación*, 26 de julio de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070725/pags/20070725202640.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070725/pags/20070725202640.html), visitada el 2 de abril de 2008.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Claudia GARCÍA-MORENO, Henrica JANSEN, Mary ELLSBERG, Lori HEISE y Charlotte WATTS, *WORLD HEALTH ORGANIZATION, WHO Multi-country study on women's health and domestic violence against women. Initial results on prevalence, health outcomes and women's responses*, Geneva, OMS, 2005, p. 3.

<sup>4</sup> GARCÍA-MORENO, JANSEN, ELLSBERG, HEISE y WATTS (n. 3).



La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará de 1994, define la violencia como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>5</sup>. A su vez, la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres*<sup>6</sup>, el instrumento del sistema universal de derechos humanos la definió

“como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, coerción o privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”<sup>7</sup>.

En ambos instrumentos, la centralidad es que las mujeres, *por el hecho de ser tales*, son particularmente violentadas a través de actos de agresión física, psicológica o sexual tanto en espacios públicos como privados, sea por particulares o por agentes del Estado.

### 1. Índices de violencia contra la mujer en Chile: datos persistentes

Los estudios encargados por el SERNAM en cuatro regiones distintas de Chile muestran que la prevalencia de violencia entre las mujeres que experimentan violencia conyugal o de pareja oscila entre el 47,5% (IX Región) al 55% (X Región) de las encuestadas; que la prevalencia de violencia física grave entre el 15% (IX Región) al 23% (X Región), mientras que la prevalencia de violencia sexual entre 14% (IX Región) y el 28.3% (X Región) en las distintas regiones en estudio<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 1 Convención de Belém do Pará, adoptada por la OEA en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

<sup>6</sup> Adoptada por las Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993, A/Res/48/104 23 de febrero de 1994.

<sup>7</sup> Artículo 1... (n. 5).

<sup>8</sup> Datos citados de las regiones IV, RM, IX y X Regiones en CORPORACIÓN HUMANAS, *Estudio detección y análisis de prevalencia de violencia intrafamiliar en la Décima Región de Los Lagos. Informe final*, Santiago, 2006, p. 58. Los autores advierten tomar cautela de que los

La violencia en contra de las mujeres también tiene *ribetes regionales*. La localidad de Tocopilla, por ejemplo, lidera el aumento de denuncias por violencia intrafamiliar, según estudios realizados: el 34% de las mujeres de esa comuna ha sufrido violencia física, el 41% ha padecido violencia psicológica y el 15% ha sufrido violencia sexual. Se cree que el incremento en las denuncias se debe a la cultura machista del mar y las minas<sup>9</sup>. Los estudios sobre la incidencia de la violencia en la II Región, muestran que la tasa de denuncias ha crecido en forma progresiva, y que el estudio de prevalencia de la violencia intrafamiliar de (2003) en la provincia de Antofagasta, indica que la violencia intrafamiliar afecta al 43% de las mujeres de esa región<sup>10</sup>.

El tema de la violencia intrafamiliar y, en particular, el elevado número de femicidios que se registró en Chile durante el año 2007 y lo que va de 2008 marcaron la pauta noticiosa y política de este período<sup>11</sup>. De acuerdo con los registros del SERNAM, en el año 2007 *sesenta y dos mujeres* murieron en manos de sus parejas o ex parejas<sup>12</sup>: se trataría de casos de femicidio íntimo<sup>13</sup>. Por su parte, el *Anuario Estadístico del Ministerio Público* indica que para ese mismo período ingresaron denuncias por *ciento noventa y dos casos de parricidio*<sup>14</sup>. Entendiendo que las estadísticas del Ministerio Público capturan todas

resultados sean comparables en todas las regiones debido a que las encuestas fueron realizadas en distintos épocas.

<sup>9</sup> Rodrigo CEA, "Violencia Intrafamiliar azota a Tocopilla", *El Mercurio*, Santiago, 1 de julio de 2007.

<sup>10</sup> SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER, SERNAM II Región, "Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar Región de Antofagasta", Antofagasta, 2003, citado en Ximena BÁEZ TUÑÓN, Fabiola RIVEROS y Patricia VILLARROEL, *Informe final del estudio: seguimiento a la implementación de la política pública en VIF*, Antofagasta, inédito, 2006, p. 6.

<sup>11</sup> José Miguel JAQUE, "En la propia casa y en manos del conviviente", en *La Nación*, 4 de junio de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070603/pags/20070603190937.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070603/pags/20070603190937.html) accesado el 19 de junio de 2008.

<sup>12</sup> SERNAM, "Femicidios 2007: se registraron 62 femicidios", en <http://www.sernam.cl/opencms/opencms/sernam/programas/violencia/femicidio2007.html> accesado el 4 de abril de 2008.

<sup>13</sup> El SERNAM entiende el femicidio como "el asesinato de la mujer por el sólo hecho de serlo, es decir, su origen se basa en las relaciones desiguales de poder entre los hombres y las mujeres y puede darse en espacios privados o públicos... El femicidio íntimo comprende los asesinatos cometidos por hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, ya sea familiar, de convivencia, relación amorosa u otras afines. Este tipo de femicidio es el más frecuente y como delito se categoriza como homicidio, parricidio e infanticidio", SERNAM, "Femicidio a la Fecha", en <http://www.sernam.cl/opencms/opencms/sernam/programas/violencia/femicidios.html> accesado el 20 de junio de 2008.

<sup>14</sup> MINISTERIO PÚBLICO, *Anuario Estadístico 2007*, Santiago, 2008, p. 295.

las muertes que se producen entre personas ligadas por razón de parentesco o que estuvieran casadas o fueran convivientes<sup>15</sup>. Los casos identificados por el SERNAM son muertes de mujeres, independiente de la relación de convivencia o no con el agresor, y si este homicidio queda comprendido en la figura del parricidio.

Esta situación ha llevado al Ejecutivo, en los últimos años, a establecer diversas medidas de protección para las mujeres en el ámbito social y judicial, todo lo cual se ha conjugado con campañas públicas, que incluyen *spot* publicitarios en los medios de comunicación masiva, con el fin de crear una conciencia colectiva e instar a un cambio cultural que ayude en la eliminación de la discriminación de la violencia contra las mujeres. Así, el 25 de octubre de 2007, fecha que marca el inicio de la campaña anual en contra de la violencia en el mundo, se lanzó una campaña gubernamental convocando a la sociedad para involucrarse en la prevención de la violencia en contra de las mujeres bajo el lema: “Aquí había 20 personas y nadie hizo nada. Imagínese cuando está sola”. Al mismo tiempo, un conjunto de diputadas han impulsado proyectos de ley a fin de aumentar las penas de los agresores de mujeres, o de incorporar modificaciones de responsabilidad penal cuando quien comete un homicidio es una víctima de violencia o tipificar el femicidio<sup>16</sup>. El Ejecutivo ha hecho lo propio<sup>17</sup>.

## 2. Seguridad ciudadana y violencia contra la mujer: la necesidad de un cambio de perspectiva

Un aspecto particularmente problemático de esta materia se encuentra constituido por la manera en que se construyen los indicadores de percepción de seguridad ciudadana y por la forma en que se mantienen registros de delitos en Chile. La *percepción de seguridad ciudadana* está construida a partir de la experiencia o sensación de ser eventualmente

---

<sup>15</sup> “El que, conociendo las relaciones que los rigen, mate a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o a su conviviente, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, artículo 390 del *Código Penal*.

<sup>16</sup> “Diputadas oficialistas piden tipificar el delito de femicidio”, en *La Nación*, 27 de marzo de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070326/pags/20070326231038.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070326/pags/20070326231038.html) accesado el 19 de junio de 2008.

<sup>17</sup> *Boletín* 5405-02 Mensaje, Modifica ley 17.798 sobre control de armas, 16 de octubre de 2007. En un sentido similar, *Boletín* 5401-07 Establece prohibición de uso de armas de fuego, 11 de octubre de 2007 presentado por los diputados Sergio Aguiló, Jorge Burgos, Juan Bustos, Marcos Enríquez-Ominami, Álvaro Escobar Farías y Guido Girardi.

víctima de delitos en contra de la propiedad, por lo general, cometidos por terceros ajenos a su entorno<sup>18</sup>. Si los indicadores muestran una baja en la victimización de los hogares, la experiencia de las mujeres es distinta. Para ellas, el concepto mismo de seguridad ciudadana no se hace cargo de que son agredidas en su entorno íntimo. Es posible que la mujer agredida ni su medio social y familiar identifique a los agresores como delincuentes, de esta manera, estos delitos podrían quedar subregistrados. Un estudio realizado por la OMS en diversos países muestra que entre el 55% y el 95% de las mujeres afectadas por violencia nunca denunciaron o solicitaron ayuda a través de servicios formales (justicia, salud o policía) o a personas en posición de autoridad<sup>19</sup>.

Por ello, a pesar de que en el ámbito nacional se percibe una baja en las tasas de delincuencia, las mujeres han aumentado anualmente las denuncias por violencia desde que existen instrumentos específicos para sancionarla. Es posible sostener que son una expresión de mayor conciencia de derechos por parte de las mujeres a no querer someterse a tratos que las violenten, y que se traduce en la reducción de la cifra negra de estos delitos, y que, aun, no estamos en una situación de estabilidad por las denuncias por este tipo de ilícitos. De mantener el mismo tipo de instrumento, que no incorpora *preguntas específicas sobre violencia en el hogar o en el espacio íntimo*, las mediciones de victimización no revelarán la prevalencia sobre violencia, ni comprenderán globalmente las experiencias de las mujeres respecto de los delitos que usualmente se cometen en su contra<sup>20</sup>.

De esta manera, los únicos indicadores de violencia provienen de aquellos casos que son denunciados y que representan una fracción de las situaciones, cuestión que busca revertir con las encuestas de victimización. Como ha señalado la CDIH: “la falta de estadísticas o cifras constituye un obstáculo para el diseño y ejecución de medidas eficaces para combatir la violencia en contra de la mujer”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Véase Encuesta nacional urbana de seguridad ciudadana realizada por el INE ingresa los delitos de robo con sorpresa, robo con fuerza, hurto, soborno y estafas, en [http://www.ine.cl/canales/sala\\_prensa/noticias/2008/abril/archivos230408/ppt.pps](http://www.ine.cl/canales/sala_prensa/noticias/2008/abril/archivos230408/ppt.pps), accesado el 30 de junio de 2008.

<sup>19</sup> GARCÍA-MORENO, JANSEN, ELLSBERG, HEISE y WATTS (n. 3), p. xvi.

<sup>20</sup> Véase el cuestionario elaborado por el INE en que se pregunta por lesiones, en que ninguna de las preguntas hace alusión directa a la comisión de delitos en el marco de violencia intrafamiliar, en [http://www.ine.cl/canales/chile\\_estadistico/encuestas\\_seguridadciudadana/victimizacion2007/pdf/cuestionario\\_ENUSC\\_IV.pdf](http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/victimizacion2007/pdf/cuestionario_ENUSC_IV.pdf) accesado el 1 de julio de 2008.

<sup>21</sup> CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington DC, OEA/Ser.L/II.Doc.68, 20 de enero de 2007, p. 121.

La violación a los derechos básicos exige de parte de los Estados herramientas para la protección de derechos, esto es lo que la CIDH denomina *acceso a la justicia*, la que entiende como:

“el acceso *de jure* y *de facto* a instancias y recursos judiciales de protección frente a los actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos”<sup>22</sup>.

A su vez, la Corte IDH ha establecido un concepto de impunidad respecto de las violaciones a los derechos humanos, que es plenamente aplicable a los casos de violencia contra las mujeres. La Corte IDH entiende que impunidad

“es la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena a los responsables de las violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana”<sup>23</sup>.

En su *Informe anual 2007*, el Ministerio Público indica que habrían ingresado al sistema más de cincuenta y seis mil denuncias relacionadas con violencia intrafamiliar, concentrándose mayoritariamente en casos de lesiones y, en segundo lugar, amenazas<sup>24</sup>. Es altamente valorable que el Ministerio Público sea capaz de producir datos que permitan dimensionar el problema, pues ello permite visibilizarlo y a partir de información cuantitativa, medir, evaluar y definir líneas de trabajo que sean más eficaces. La violencia por sí sola, y considerando los problemas de subregistro, constituye aproximadamente un 5% de la carga de ingresos de todo el sistema penal<sup>25</sup>.

Las comunas que muestran los más altos ingresos están en la RM, en particular la Fiscalía RM Sur con más de ocho mil ingresos<sup>26</sup>. Las

---

<sup>22</sup> CIDH (n. 21), p. 3.

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones, Sentencia 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 42, p. 176.

<sup>24</sup> Los casos de lesiones corresponden al 61% de los casos recibidos (treinta y cuatro mil ciento setenta y seis), le siguen las amenazas (catorce mil treinta y ocho), y en tercer lugar el maltrato habitual. Es posible sostener no toda causa de violencia haya quedado registrada bajo esta categoría, pues es dable suponer que persisten ingresos bajo los delitos de lesiones, amenazas y otros sin que registrado que tienen como base violencia intrafamiliar. Boletín Estadístico Anual 2007 del MINISTERIO PÚBLICO (n. 14), p. 295.

<sup>25</sup> Ingresaron al sistema un millón setenta y ocho mil trescientas noventa y siete denuncias, *op. cit.*, p. 5.

<sup>26</sup> Los ingresos por Fiscalía en la RM corresponden a cinco mil setecientos siete casos en la Fiscalía Centro Norte, tres mil cuatrocientos cuarenta y cuatro en la Fiscalía Oriente,

diferencias significativas de ingresos podrían explicarse por varias razones (mayor prevalencia de violencia en esas localidades, mayor número de casos remitidos desde los tribunales de familia, campañas publicitarias que instan a las mujeres a denunciar). Las cifras arrojan que los ingresos de la RM le siguen la V y la VIII Regiones en términos de las regiones con más ingresos en el país. Respecto de estas alarmantes cifras, el SERNAM destacó que en Chile *muere una mujer “violentamente asesinada” cada semana*, lo que a su juicio es una “vergüenza nacional”<sup>27</sup>. Instó, a su vez, a los órganos del Estado a ser diligentes en la aplicación de las normas y las herramientas existentes.

Se ha comprobado, en algunos casos, que las que han muerto en manos de sus parejas habían presentado denuncias por violencia con anterioridad. Sin embargo, y teniendo en cuenta que las denunciadas pueden ser citadas a audiencia en aproximadamente tres meses después de haber realizado la denuncia, resulta poco factible esperar medidas de protección preventivas que resulten efectivas<sup>28</sup>, tal y como lo indicáramos en el *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*<sup>29</sup>.

Los fiscales, a su vez, señalan que pese a sus intentos de brindar la protección adecuada, las conductas de las víctimas hacen que las medidas de protección no sean eficaces. Señalan que, en ocasiones, son las propias mujeres quienes se exponen al riesgo, en clara contravención a las medidas cautelares dictadas a su favor: deciden continuar o reiniciar la vida en común con sus agresores<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, indican que son reiterados los casos en que, sin perjuicio de haberse dictado medidas de protección, como la de no acercarse a

cuatro mil trescientos catorce en la Occidente y en ocho mil ochenta y seis en la Fiscalía Sur. MINISTERIO PÚBLICO (n. 14), p. 295.

<sup>27</sup> “SERNAM calificó de “vergüenza nacional” cifra de femicidio”, en *La Nación*, 25 de marzo de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070325/pags/20070325151754.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070325/pags/20070325151754.html), visitado el 2 de abril de 2008.

<sup>28</sup> Dalia Rojas y José Miguel Jaque, “Jueza denuncia falta de recursos y padre de víctima dice que lo que falta es criterio. Colapso de tribunales de familia agrava la lucha contra los femicidios”, en *La Nación*, 28 de septiembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20070927/pags/20070927215613.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20070927/pags/20070927215613.html), visitado el 3 de abril de 2008.

<sup>29</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, en [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl), accesado el 10 de octubre de 2007.

<sup>30</sup> José Miguel JAQUE, “Estudio sobre cómo ocurrieron los 51 asesinatos a mujeres del año pasado. Femicidios 2006: en la propia casa y a manos del conviviente”, en *La Nación*, 4 de junio de 2006, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070603/pags/20070603190937.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070603/pags/20070603190937.html), visitado el 2 de abril de 2008.

la víctima a menos de doscientos metros, se ha comprobado que son las mujeres quienes reciben a sus parejas nuevamente en sus hogares, justificándose en que ya los han perdonado, lo cual impide poner fin al círculo de violencia<sup>31</sup>.

La queja de los fiscales es una manifestación de los problemas en el enfoque a la violencia en contra de la mujer mirada *estrictamente desde la persecución penal*. Una cosa es perseguir la responsabilidad penal y, la otra, desarrollar e implementar políticas que se hagan cargo de las víctimas o en los victimarios para detener, tratar y reparar las consecuencias de la violencia intrafamiliar. Éstas constituyen un corolario de la obligación de promover, respetar y asegurar que las mujeres puedan gozar cabalmente de su derecho a la integridad.

En el ámbito de protección de los derechos humanos es clara la obligación que dimana de la *Convención de Belém do Pará*, que impone el estándar de *debida diligencia* y que se expresa como la necesidad de que el Estado adopte estrategias integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia<sup>32</sup>. Por ello, se deben evaluar las acciones que implementan las distintas reparticiones del aparato del Estado. Si los operadores del sistema de justicia ven como problemática la conducta de las víctimas al no exponerse voluntariamente a situaciones de riesgo, pese a las medidas cautelares dictadas a su favor, lo cierto es que éste es un síntoma de un problema mayor. Si no se entiende la complejidad y la forma en que se encuentra enraizada la violencia en las relaciones de hombres y mujeres, se pierde de vista que una de las medidas que se debe adoptar son programas de apoyos concretos a las mujeres a fin de que puedan romper con el ciclo de la violencia.

Ésta es una de las cuestiones que ocurre en Chile: la falta de tratamiento para los hombres que han agredido a sus mujeres, el cual resulta extremadamente costoso para el Estado, según han señalado algunas autoridades como justificación ante este tipo de críticas<sup>33</sup>, pero también los apoyos sicoterapéuticos para las mujeres. De acuerdo con algunos estudios, la respuesta en el sector salud es dispersa, sin que se hallen claras orientaciones técnicas ni programáticas. En el ámbito central, los lineamientos fueron entregados a los equipos del PRAIS, quienes tuvieron a cargo la reparación y salud mental de la

---

<sup>31</sup> JAQUE (n. 30).

<sup>32</sup> CIDH (n. 21), p. 15.

<sup>33</sup> Dalia ROJAS, "Especialistas dicen dónde están los vacíos que hay que atacar para frenar femicidios", en *La Nación*, 3 de octubre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071002/pags/20071002214154.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071002/pags/20071002214154.html), visitado el 2 de abril de 2008.

víctimas de la violencia del Estado bajo el gobierno de Augusto Pinochet. Ello fue resistido por los equipos e integrado como línea de trabajo entre algunos profesionales<sup>34</sup>.

Entregar el tratamiento de la violencia de la mujer a estos equipos de profesionales que deben apoyar las labores de reparación de materia de sistemáticas violaciones a los derechos humanos –con herramientas en el ámbito sicosocial muy específicas– parece no advertir que las tareas y las experticias de los equipos serán distintas. De esta manera, el Estado entregará respuestas, pero éstas no serán satisfactorias ni para las víctimas de la violencia estatal ni tampoco de las mujeres que experimentan violencia de sus parejas (sin considerar los efectos en la salud mental de los equipos por el tipo y carga de trabajo).

Cabe destacar que una de las buenas iniciativas ha sido la creación de las denominadas “casas de acogida”, para proteger a las agredidas. Hoy se cuenta con dieciséis casas para mujeres con riesgo vital por violencia intrafamiliar y en 2008 se espera la construcción de nueve más<sup>35</sup>. Es un avance, pero ante la magnitud del problema las intervenciones del Estado deben ser más amplias.

Según una encuesta realizada por la Corporación Humanas el 88% de las mujeres cree que no se protege a la víctima de la violencia<sup>36</sup>. El sondeo indica que la población femenina califica negativamente a las instituciones encargadas de ayudarlas. Se incluyó al Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los Tribunales de Familia y Carabineros. Entre todas ellas, Carabineros de Chile, es la institución mejor evaluada y el Ministerio Público la peor<sup>37</sup>, con niveles de aprobación de un 37% para Carabineros, 27% para los Tribunales de Familia, 26% a la Defensoría Penal Pública<sup>38</sup> y 25% para la

---

<sup>34</sup> Patricia PROVOSTE, “Violencia contra la mujer en la pareja: respuestas de la salud pública en Santiago de Chile”, CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 85, Santiago, 2007, p. 19.

<sup>35</sup> “La Ministra del SERNAM lamentó nuevo femicidio”, en *La Nación*, 31 de diciembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071231/pags/20071231152827.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071231/pags/20071231152827.html), visitado el 3 de abril de 2008.

<sup>36</sup> CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO CORPORACIÓN HUMANAS, *Encuesta nacional de opinión. Mujeres y discriminación y política IV*, Santiago, octubre 2007, p. 87, en <http://www.humanas.cl/> accesado el 4 de julio de 2008.

<sup>37</sup> Dalia ROJAS, “Encuesta de Corporación Humanas”, en *La Nación*, 23 de noviembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071122/pags/20071122214839.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071122/pags/20071122214839.html), visitado el 3 de abril de 2008. Véase CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO CORPORACIÓN HUMANAS (n. 36), p. 82.

<sup>38</sup>No es clara la inclusión de la Defensoría en la pregunta, pues es una para todas las instituciones cuando la obligación legal de esta institución es otorgar defensa a personas imputadas por violencia.



Fiscalía<sup>39</sup>. La mejor evaluación que recibe Carabineros podría darse porque la policía es la puerta de entrada al sistema. La encuesta formula una pregunta a las mujeres de, ¿cómo evalúan la respuesta que dan estas instituciones a la violencia en contra de la mujer?

Estos resultados se relacionarían directamente con la forma en que los fiscales ponen término a los casos de violencia. De acuerdo con las estadísticas del Ministerio Público, casi un 50% de los casos terminan por salidas discrecionales<sup>40</sup>, es decir, por aplicación de una salida no judicial con lo cual las víctimas pueden sentir que no se ha hecho justicia en su caso. Estos resultados son variados de una fiscalía a otra. La fiscalía que muestra una mayor proporción de casos terminados en archivos es la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, con un porcentaje del 60% de los casos terminados en 2007, lo que contrasta con las fiscalías de la XI y VI Regiones con un 8 y 9%, respectivamente. En estas regiones la suspensión condicional del procedimiento es la principal forma de término de los casos<sup>41</sup>.

El *CPP* de Chile permite que los fiscales utilicen las salidas discrecionales<sup>42</sup>, y que posibilitan que la persecución penal sea costoefectiva cuando:

- a) no existan antecedentes suficientes que permitan esclarecer los hechos investigados o la identificación de los responsables de un delito<sup>43</sup>;
- b) la responsabilidad penal se hubiera extinguido;
- c) cuando los hechos relatados no fueran constitutivo de delito<sup>44</sup> o
- d) que se tratara de abandonar una investigación ya iniciada, si el hecho perseguido no comprometiere gravemente el interés público<sup>45</sup>.

Sin embargo, lo que sucede con violencia contra la mujer es algo distinto. En estos casos, el imputado del delito es una persona conocida, los hechos denunciados son recientes y si se aplica el archivo provisional pareciera que tal decisión está determinada por un conjunto de factores: los lineamientos en el tratamiento de estos casos, si los hu-

<sup>39</sup> CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO CORPORACIÓN HUMANAS (n. 36), p. 82.

<sup>40</sup> Se trata del archivo provisional, decisión de no perseverar, la aplicación del principio de oportunidad e incompetencia.

<sup>41</sup> MINISTERIO PÚBLICO (n. 14), p. 297.

<sup>42</sup> Véanse los artículos 167, 168 y 170 del *CPP*.

<sup>43</sup> Artículo 167 del *CPP*.

<sup>44</sup> Artículo 168 del *CPP*.

<sup>45</sup> Artículo 170 del *CPP*.

biere, los criterios o predisposición de los operadores respecto de la sanción de la violencia o la utilización del aparato de administración de justicia frente a ella. Por ello lo disímil de los resultados. También es posible considerar que esta respuesta es un reflejo de la escasa claridad de que la violencia es una perpetuación de la discriminación, y que las instituciones convocadas para la protección de derechos no son percibidas como eficaces en ese mandato.

Cifras elevadas de causas archivadas pueden ser una señal de impunidad, y ello es preocupante. La jurisprudencia del sistema interamericano ha reiterado que no basta la existencia de remedios o recursos en casos de violaciones a los derechos; se debe asegurar que la investigación y sanción surtan efectos o sean eficaces, de otra manera se incumplen las obligaciones en materia de derechos humanos respecto a garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos de las víctimas y sus familiares<sup>46</sup>.

En este sentido, vale recordar que la Corte IDH en los casos Godínez Cruz<sup>47</sup>, Velásquez Rodríguez<sup>48</sup> y “Niños de la Calles”<sup>49</sup> señaló que la investigación debe ser seria y no es una simple formalidad destinada al fracaso, y no puede ni debe depender de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares sin que la autoridad busque la verdad<sup>50</sup>.

Es por ello, que se deben evaluar críticamente las cifras que indican un número significativo de casos terminados por salidas discrecionales. En particular, se debe considerar si las medidas adoptadas son eficaces y cumplen los parámetros de la Convención de Belém do Pará. De la misma manera, debe tenerse en cuenta este instrumento internacional ratificado por Chile y plenamente vigente, para analizar la efectividad de modificaciones legales que se impulsan en el Congreso<sup>51</sup>. Como informamos en el *Informe anual de derechos humanos en Chile*

<sup>46</sup> CIDH (n. 21), p. 19.

<sup>47</sup> CORTE IDH, Caso Godínez Cruz. Sentencia 20 de enero de 1989, Serie C N° 5.

<sup>48</sup> CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia 29 de julio 1988, Serie C N° 4.

<sup>49</sup> CORTE IDH, Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia 19 de noviembre 1999. Serie C N° 63.

<sup>50</sup> Párrafos 188, 177 y 226 respectivamente de cada una de esas sentencias.

<sup>51</sup> Son múltiples las mociones de los diputados para cambiar la ley: en torno a las medidas cautelares (*Boletín* 5294-18 del 30 de agosto de 2007, la inclusión de agravantes en caso de que la víctima estuviera embarazada *Boletín* 5472-07 del 13 de noviembre de 2007, la inclusión de la “ex” pareja en el ámbito de protección del artículo 5º de la ley N° 20.066 *Boletín* 5235-18 del 8 de agosto de 2007, la sanción por los daños, *Boletín* 4885-07 del 7 de marzo de 2007, la inclusión del maltrato económico o patrimonial y el abuso por omisión de adultos mayores *Boletín* 5142-18 del 2 de agosto de 2007.

2007. *Hechos 2006*, un grupo de diputados presentó un proyecto para tipificar el femicidio como una figura penal específica. Dada la connotación pública de las muertes de mujeres en manos de sus parejas, el Ejecutivo a través del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia, y su ministro José Antonio Viera-Gallo, selló un compromiso con la ministra del SERNAM Laura Albornoz y los presidentes de la Cámara baja y el Senado, a fines de agosto de 2007 a fin de poner urgencia a la discusión de los diversos de ley que buscan modificar las reglas del *Código Penal* y la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar<sup>52</sup>.

Como consecuencia de este proyecto quedaron bajo *urgencia simple* los tres proyectos. El encabezado por la diputada Adriana Muñoz (PPD), establece el delito de femicidio y su sanción con penas altas, eliminando atenuantes como celos y arrebatos, y creando agravantes como antecedentes de violencia contra mujeres. El del senador Camilo Escalona (PS) busca sancionar la violencia no sólo el caso de las parejas permanentes sino, también, ocasionales, como pololos no convivientes y ex pololos o ex esposos. Vale recordar que la ley N° 20.066 sanciona la violencia respecto de las “ex” parejas en la medida en que haya hijos en común, de otra manera, estos casos se rotulan y se sancionan bajo las reglas generales del *Código Penal*. Un tercer proyecto, es de los diputados Jorge Burgos (DC) y Juan Bustos (PS) que instan a la modificación de la ley N° 20.066 con el objetivo de evitar que los antecedentes de los casos de maltrato habitual deban ser calificados previamente por los jueces de familia, antes de su derivación al Ministerio Público, debiendo corresponder a este órgano la imputación de cargos por estos hechos<sup>53</sup>. Este último proyecto fue aprobado en el hemiciclo el 3 de octubre de 2007<sup>54</sup>, y remitido para su tramitación al Senado.

Luego, la Cámara de Diputados, en sesión especial, decidió aprobar cuatro proyectos presentados para evitar el femicidio. La sesión se centró, básicamente, en la necesidad de reformar la ley N° 20.066 que tiene como finalidad prevenir, sancionar y erradicar la violencia

---

<sup>52</sup> Angélica MENESES, “Acuerdan poner urgencia a proyectos contra el femicidio”, en *La Nación*, 1 de agosto de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070801/pags/20070801180958.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070801/pags/20070801180958.html), visitado el 2 de abril de 2008.

<sup>53</sup> *Boletín* 5200-07, Proyecto de ley que modifica el artículo 14 sobre maltrato habitual de la ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, 17 de julio de 2007. El proyecto fue presentado por los diputados Jorge Burgos, Juan Bustos, Guillermo Ceroni, Roberto León y Adriana Soto.

<sup>54</sup> Véase CÁMARA DE DIPUTADOS, Sesión 81ª, 3 de octubre de 2007, pp. 41-42.

intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas<sup>55</sup>. Los proyectos de ley que buscan sancionar el femicidio<sup>56</sup> han sido flancos de críticas, ya sea porque intentan dar respuestas sólo por la vía penal, sin reparar en los problemas de funcionamiento del aparato de justicia, y también desde la dogmática penal. Algunos penalistas sostienen que la figura penal es el homicidio y resulta innecesario tipificar un delito especial para las muertes de mujeres. Tanto así que el parricidio (matar al hijo, a los padres, a los cónyuges o convivientes) está suprimiéndose en otros países como España y Argentina. El homicidio es simple o calificado<sup>57</sup>.

En un sentido similar, la opinión del encargado de la unidad de violencia intrafamiliar del Ministerio Público indica que sería innecesario crear una figura especial, ya que los homicidios de esta naturaleza ya están contemplados en la ley. Distinto es, en opinión de este funcionario público, otorgar un tratamiento separado entre los asesinatos de parejas (cónyuges o convivientes) en el *Código* respecto a otros parientes<sup>58</sup>. Para este mismo funcionario, que en la mayoría de los casos de femicidios los autores se suiciden o intenten el suicidio, parece indicar que las penas no son incentivos fuertes para que no cometan estos crímenes.

En atención a todos estos antecedentes, parece pertinente no sólo evaluar la ley, o promover cambios legales –cuestión que se suele hacer con frecuencia– sino instar a una mirada crítica de las prácticas de los operadores y las políticas que se adoptan en materia de violencia contra la mujer. El hecho de que exista una ley y que las mujeres puedan denunciar no cumplirá por sí sola con la obligación de prevenir y erradicar la violencia contra la mujer. En otras palabras, si bien la persecución penal es una necesidad a fin de evitar la impunidad, a su vez deben desplegarse medidas eficaces fuera del sistema penal para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres. Si todos los esfuerzos se depositan en la respuesta penal, el Estado no cumplirá cabalmente con sus obligaciones. Lo anterior, debe ir acompañado, claro está, con la revisión de los recursos financieros y humanos destinados a esta compleja estrategia.

---

<sup>55</sup> “Cámara aprueba cuatro proyectos de acuerdo para evitar femicidios”, en *La Nación*, 2 de octubre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071002/pags/20071002222757.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071002/pags/20071002222757.html), visitado el 3 de abril de 2008.

<sup>56</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 53018/18 refundido con el *Boletín* 4937/18 presentado el 5 de septiembre de 2007.

<sup>57</sup> “En 24 de 34 asesinatos las mujeres conocían al hechor”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de julio de 2007, página C9.

<sup>58</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, “Una realidad transversal: Violencia contra las Mujeres”, *Justicia y Género. Boletín Jurídico*, año 5, N° 9, Santiago, 2007, p. 74.

## II. EL DERECHO A DECIDIR Y EL FALLO DEL TC DE CHILE SOBRE “LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS”

Como ha ocurrido en años anteriores, el debate sobre autonomía sexual y reproductiva de las mujeres en Chile ha estado centrado en la discusión judicial sobre venta, distribución y acceso a la anticoncepción de emergencia, o “píldora del día después”<sup>59</sup>. Esta discusión tiene dos planos discursivos y afectación de derechos de las mujeres. Por una parte, la falta de acceso del anticonceptivo por las decisiones que se adoptan en el mercado de los medicamentos. Por otra parte, el intento de bloqueo de toda política pública que consolide el derecho a decidir de las mujeres frente a la reproducción y la elección en conciencia del método anticonceptivo a elección. Reseñaremos algunos puntos de ese debate.

### *1. Acceso a la anticoncepción de emergencia o “píldora del día después”*

En marzo de 2005, el Ministerio de Salud de Chile incorporó este anticonceptivo en el formulario nacional de medicamentos esenciales, siguiendo los lineamientos técnicos de la OMS<sup>60</sup>. Desde el 4 de junio de 2007 y ante la negativa de las farmacias de adquirir el levonorgestrel 0,75 mg, el Ministerio de Salud dio curso a sumarios a las principales cadenas de farmacias: la cadena Farmacias Ahumada tenía quince multas, mientras que la cadena Salcobrand, sesenta<sup>61</sup>. Las cadenas farmacéuticas representan un mercado oligopólico, pues controlan el 92% del mercado de los medicamentos<sup>62</sup>.

En octubre de 2007, inspectores de la Secretaría Regional Ministerial de Salud cursaron multas por infracciones a farmacias Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada, debido a que no estaban ofreciendo productos que contengan el principio activo levonorgestrel en dosis de 0,75 mg<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> La anticoncepción de emergencia es un método que puede ser utilizado luego de una relación sexual no protegida, un accidente anticonceptivo y una violación, y hasta cinco días después del coito.

<sup>60</sup> DS N° 194/05 del Ministerio de Salud, en *Diario Oficial*, Santiago, 10 de marzo de 2005.

<sup>61</sup> “Paso a paso, el engranaje de las autoridades para forzar a las farmacias”, en *El Mercurio*, Santiago, 28 de octubre de 2007, p. B5.

<sup>62</sup> Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéutico. Estadísticas en [http://www.asifla.cl/contenido\\_estadisticas.asp?id=11](http://www.asifla.cl/contenido_estadisticas.asp?id=11), visitada el 10 de enero de 2008.

<sup>63</sup> “Píldora: multan a farmacias por no tener fármacos con levonogestrel”, en *La Nación*, Santiago, 19 de octubre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071019/pags/20071019201842.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071019/pags/20071019201842.html), visitada el 11 de abril de 2008.

Las multas eran de una cuantía equivalente a treinta y cuatro millones de pesos, que a juicio de los afectados los podría llevar a la quiebra.

Las razones esgrimidas por las farmacias citadas para no cumplir con la normativa sanitaria eran diversas. En algunos casos, las farmacias argumentaron que la píldora disponible para la venta en Chile no poseía registro sanitario, sino autorización de venta o uso provisional otorgado por el Instituto de Salud Pública<sup>64</sup>. En otros casos, se indicaba que no era claro que el anticonceptivo fuera seguro. Finalmente, se adujo razones de conciencia al no querer vender un producto que consideró podría ser abortivo<sup>65</sup>.

Esta oposición tuvo eco entre algunos diputados de la oposición, de la alianza de gobierno y de la jerarquía de la Iglesia Católica, quienes consideraron que era permisible que las cadenas invocaran la objeción de conciencia<sup>66</sup>. No hubo una reflexión de parte de estas autoridades, que el ejercicio de la objeción de conciencia –e inhibirse del cumplimiento de obligaciones legales– no puede ser aducida por personas jurídicas, en este caso empresas, ya que la “conciencia” es un atributo propio de las personas naturales<sup>67</sup> o que el ejercicio de esta excepción tuviera límites conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Igualmente, sectores afines a la oposición conservadora consideraron que las normas del *Código Sanitario*, que permiten que la autoridad sanitaria establezca un listado de medicamentos esenciales, violenta preceptos constitucionales y, en particular, el desarrollar una actividad económica<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> “El Directorio Salcobrand S.A., Salcobrand a Nuestros Clientes”, en *La Tercera*, Santiago, 28 de octubre de 2007, p. 73.

<sup>65</sup> “Conferencia Episcopal reivindica objeción de conciencia de las farmacias”, en *El Mostrador*, 30 de octubre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=231393](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=231393) accesado el 5 de diciembre de 2007.

<sup>66</sup> Carlos GONZÁLES ISLA, “Diputados convocan a Iglesia y farmacias por ‘píldora del día después’”, en *La Nación*, 3 de noviembre de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071102/pags/20071102193357.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071102/pags/20071102193357.html) accesado el 5 de diciembre de 2007 y “El poder tras las farmacias. La incubadora y Salcobrand”, en *La Nación*, 4 de noviembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071103/pags/20071103231908.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071103/pags/20071103231908.html) accesado el 5 de diciembre de 2007.

<sup>67</sup> “Las Farmacias y la píldora del día después”, en *El Mostrador*, 7 de noviembre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_nueva.asp?id\\_noticia=232049](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_nueva.asp?id_noticia=232049), visitado el 12 de abril de 2008.

<sup>68</sup> LIBERTAD Y DESARROLLO, “Libertad, Píldora y Farmacias”, en *Temas Públicos*, N° 844, Santiago, 31 de octubre 2007 y Ángel CARCAVILLA, “La conciencia farmacéutica”, en *La Nación*, 4 de noviembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071103/pags/20071103194257.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071103/pags/20071103194257.html), accesado el 5 de diciembre de 2007.

La negativa de las grandes cadena de farmacias estuvo precedida por la actuación de una organización de consumidores, ACONOR, que participa de una red de organizaciones antipíldora y que desarrolló un conjunto de acciones para evitar que el anticonceptivo se distribuyera. Estas actuaciones impidieron que fuera eficaz la normativa que obliga a las farmacias tener en *stock* la “píldora del día después” al haberla incluida en el formulario nacional. ACONOR no sólo habría presionado a los laboratorios farmacéuticos sino, también, a las cadenas de farmacias<sup>69</sup>.

En este contexto, el Ministerio de Salud tomó la decisión de importar directamente una cantidad de dosis del anticonceptivo de un laboratorio colombiano, a fin de abastecer las farmacias a través de la CENABAST<sup>70</sup>. Con ello, el Estado daba cumplimiento a sus obligación en salud.

El acceso a anticonceptivos tiene un fuerte impacto de género, pues el costo de la maternidad es experimentada principalmente por las mujeres. Por ello, la relevancia de asegurar el acceso a las mujeres a la anticoncepción, es una de las formas en que las mujeres pueden lograr su autonomía. La comunidad internacional ha plasmado en documentos internacionales –tales como las Metas del Milenio, la Plataforma de El Cairo y Beijing– el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres y sin coacción de ninguna especie, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la planificación de la familia y la salud sexual y reproductiva<sup>71</sup>.

Respecto de la objeción de conciencia, los parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra claros límites

---

<sup>69</sup> Véase, en este sentido, Carta de ACONOR alertando no vender la PDD, Red por la Vida y la Familia, en [http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=347&Itemid=47](http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=47), visitado el 3 de Julio de 2008 y “Grupo ‘antipíldora’ dispara a las farmacias: se querellará si venden el ‘PostDay’”, en *La Segunda*, 29 de mayo de 2007, citado en [http://www.jesus.cl/iglesia/paso\\_iglesia/recortes/recorte.php?id=5922](http://www.jesus.cl/iglesia/paso_iglesia/recortes/recorte.php?id=5922), visitado el 3 de julio de 2008; [http://www.mpch.cl/rp/rp\\_2007/03-2007/14-03-2007.html](http://www.mpch.cl/rp/rp_2007/03-2007/14-03-2007.html), visitado el 3 de julio de 2008.

<sup>70</sup> Según reza las distintas resoluciones sobre venta de insumo de AE a las farmacias, CENABAST en la resolución 1372 del 25 de mayo 2007 autoriza la importación de anticonceptivo al Laboratorio Franco Colombiano S.A. de cinco mil dosis de Post Day.

<sup>71</sup> Véase, “Programa de Acción de la CIPD de Cairo”, “Cairo +5”, “Plataforma de Beijing, Beijing + 5”, “Indicadores de la Organización Mundial de la Salud sobre Salud Reproductiva”, en <http://www.who.int/reproductive-health/>, visitado el 26 de julio de 2007.

en las decisiones y recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de los derechos humanos y los tribunales domésticos<sup>72, 73</sup>. Tanto el CEDAW como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, han recomendado a los Estados-parte que la objeción de conciencia de los prestadores de salud no puede ser un obstáculo para el derecho al ejercicio a la salud de las mujeres<sup>74</sup>.

Aun cuando el gobierno logró acuerdos con las cadenas farmacéuticas Cruz Verde y SalcoBrand, para expender los anticonceptivos y cumplir la normativa a través de la compra a CENABAST<sup>75</sup>, la fiscalización realizada por organizaciones ciudadanas y de mujeres ha mostrado la fragilidad de la situación, ya que el 60% de las farmacias de un barrio no la tenían<sup>76</sup>, y que han duplicado el precio de los anticonceptivos cuando los tenían<sup>77</sup>. Las resoluciones de CENABAST muestran el precio de venta de esta institución, la que actúa como intermediaria, es de \$800 por cada dosis mientras que el precio de colocación supera casi seis veces su valor.

---

<sup>72</sup> En el caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos “Pichon et Sajous con Francia”, el dueño de una farmacia no pudo revertir la sanción impuesta bajo la ley del consumidor por no vender la píldora del día después, véase Eur. Ct. HR (3d section), Pichon et Sajous v. France (Appl. N° 49853/99), decision (inadmissibility) of 2 October 2001.

<sup>73</sup> En un caso español, la Corte de Granada señaló que las farmacias cumplen una labor sanitaria en la provisión de medicamentos, y por ello el Estado debe afirmar las políticas sanitarias a través de distintos medios, por lo cual no era aceptable que las farmacias pudieran eximirse del cumplimiento de vender anticonceptivos y profilácticos, recurso N° 158/02, sentencia 628, 30 de julio de 2002, Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

<sup>74</sup> Por ejemplo, CEDAW, Recomendación general 24, artículo 12: mujer y salud, 20ª sesión A/54/3/Rev.1, pár. 11 y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones finales a Polonia, CCPR/CO/82/POL/Rev.1, 5 de noviembre de 2004, pár. 8.

<sup>75</sup> René OLIVARES, “MINSAL y farmacias llegan concuerdan en abastecer de la píldora del día después”, en *El Mercurio*, 6 de noviembre de 2007, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=280982>, accesado el 5 de diciembre 2007 y Farmacias compran a CENABAST la píldora del día después en <http://www.cenabast.cl/actualidad/20071109.html> accesado el 8 de diciembre 2007.

<sup>76</sup> “Instalan sellos rojos en farmacias que no venden píldora del día después”, en *El Mostrador*, 12 de noviembre 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=232551](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=232551), accesado el 5 de diciembre de 2007.

<sup>77</sup> “Acusan a farmacias de Ñuñoa de cobrar al doble de precio de la píldora”, en *El Mostrador*, 17 de noviembre 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=233059](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=233059), accesado el 5 de diciembre de 2007.



*La impugnación constitucional  
de las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad*

En el *Informe anual de derechos humanos 2007. Hechos 2006* reportamos que un grupo de diputados de la oposición, especialmente del partido de derecha, UDI, había interpuesto ante el TC, un requerimiento en contra de las “Normas Nacionales Sobre Regulación de la Fertilidad”.

El TC acogió dicho requerimiento en voto dividido (6-4) por razones de forma en enero de 2007<sup>78</sup>. Los argumentos para acoger dicha acción se fundaron en que, si bien la normativa era de orden técnico, debía expedirse a través de un DS, pues afectaba o afectaría garantías constitucionales: el derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a sus hijos.

Tras el rechazo, el Ejecutivo dictó el DS N° 48 del Ministerio de Salud el 7 de febrero de 2007, e inmediatamente los congresistas opositores reiteraron su reclamación de inconstitucionalidad<sup>79</sup>. En esta oportunidad, la impugnación constitucional hizo alusión a toda la historia judicial en contra de la anticoncepción de emergencia, y de hecho, se reproducen los mismos pasajes de las acciones intentadas en sede civil, reproduciendo íntegramente un informe en Derecho presentado en el juicio en contra del Instituto de Salud Pública, para declarar la ilegalidad e inconstitucionalidad del registro farmacéutico de la anticoncepción de emergencia firmado por una serie de profesores de Derecho Constitucional<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> TC, Requerimiento de inconstitucionalidad en contra de la resolución exenta N° 584 del Ministerio de Salud sobre las Normas Nacionales de Fecundidad, rol 591-06, 11 de enero 2007.

<sup>79</sup> Los diputados requirentes fueron: Claudio Alvarado Andrade, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Sergio Correa de la Cerda, María Angélica Cristi Marfil, Francisco Chahuán Chahuán, Roberto Delmastro Naso, Andrés Egaña Respaldiza, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, Amelia Herrera Silva, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosauro Martínez Labbé, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Iván Norambuena Farías, Carlos Recondo Lavanderos, Roberto Sepúlveda Hermsilla, Marisol Turres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Gonzalo Uriarte Herrera, Ignacio Urrutia Bonilla, Alfonso Vargas Lyng, Germán Verdugo Soto, Gastón Von Mühlenbrock Zamora y Felipe Ward Edwards.

<sup>80</sup> El juicio de nulidad de Derecho Público, “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública” en el 20° Juzgado Civil de Santiago.

El requerimiento, además, avanzaba en otros aspectos de la política de regulación de fecundidad nunca antes cuestionados. Los congresistas solicitaron el rechazo de otros métodos anticonceptivos: los dispositivos intrauterinos (de cobre y de levonorgestrel), y aludían indirectamente a los anticonceptivos hormonales combinados –que pueden tener el mismo efecto tomados en otras dosis– y a la consejería y entrega de métodos anticonceptivos, especialmente la píldora del día después, a los adolescentes sin el consentimiento de sus padres. Esta última parte del requerimiento es similar a la intentada en sede judicial en el año 2006 por los alcaldes de derecha Pablo Zalaquett y Carolina Plaza, ambos del Partido UDI, en contra de la ministra de Salud. En esa ocasión la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos<sup>81</sup>.

En un hecho inédito, el 4 de abril de 2008, el TC emitió un comunicado de prensa en que señalaba un resumen de su decisión. Al efecto señaló que tras varias sesiones de deliberación, el 28 de marzo de 2008 se efectuó la votación respectiva, acordándose lo siguiente:

“1) Desestimar, por unanimidad y por las razones que serán expresadas en la sentencia, el requerimiento en cuanto se dirigió a declarar la inconstitucionalidad del punto 4.1.1. de la Sección C de las aludidas normas sobre fertilidad, referido a los denominados ‘Dispositivos Intrauterinos’ (DIU);

2) Rechazar el requerimiento, también por unanimidad, en cuanto el mismo buscaba declarar inconstitucionales las normas sobre confidencialidad en la orientación y consejería a menores de edad acerca del uso de métodos de regulación de la fertilidad, por estimar que con ello no se vulnera el derecho constitucional preferente de los padres para educar a sus hijos, previsto en el numeral 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental; y

3) Acoger el requerimiento únicamente en cuanto se declarará la inconstitucionalidad del punto 3.3. de la Sección C de las mismas normas referidas, que ordena al sistema público de salud aconsejar y distribuir los métodos de ‘Anticoncepción Hormonal de Emergencia’, conocidos genéricamente como ‘píldora del día después’”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Pablo Zalaquett y otros contra ministra de Salud”, rol 4693-2006, 10 de noviembre de 2006..

<sup>82</sup> José Luis CEA EGAÑA (presidente subrogante del TC), “Comunicado del Tribunal Constitucional”, 4 de abril de 2008, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/tribunal/noticias/ver/27> visitada el 10 de abril de 2008.

Luego de este comunicado se produjo una reacción inmediata tanto del gobierno como de distintas organizaciones de la sociedad civil. El PS adelantó que recurriría al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por el fallo del TC<sup>83</sup>. Por su parte, el alcalde de la comuna de El Bosque pidió la realización de un plebiscito para decidir respecto de la entrega de la píldora, fundamentando dicha iniciativa en el profundo descontento de la ciudadanía respecto a esta decisión tomada, según señala, por un grupo minoritario<sup>84</sup>.

La presidenta Bachelett, quien se encontraba en Londres al momento del comunicado señaló:

“Yo lamento profundamente el fallo, en un país en que queremos seguir modernizándonos, queremos seguir creciendo, que queremos estar en las ligas mayores y que a la vez para así tener esa oportunidad, queremos que todos nuestros compatriotas puedan tener iguales oportunidades en salud, en educación, en desarrollo, en ser considerados como ciudadanos como cualquier otro, el tomar una decisión de esta naturaleza me parece que es una profunda herida a poder construir una sociedad más justa, más equitativa”<sup>85</sup>.

Por otro lado, se produjeron fuertes críticas al ministro Raúl Bertelsen Repetto quien, como señalaremos luego, debió inhabilitarse en este proceso<sup>86</sup>.

El 18 de abril de 2008 se dio a conocer el polémico fallo del TC. Este fallo echó abajo la nueva política de regulación de la fecundidad únicamente respecto de la píldora del día después y la utilización de anticonceptivos regulares de progestinas puras y el método combinado de pastillas Yuzpe (de etinil estradiol y predestinas) en los térmi-

---

<sup>83</sup> “PS irá a Corte Interamericana por fallo del TC”, en *El Mostrador*, 6 de abril de 2008, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=243663](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=243663), visitada el 11 de abril de 2008.

<sup>84</sup> “Alcalde de El Bosque pide plebiscito para entrega de píldora del día después”, en *El Mostrador*, 6 de abril de 2008, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=243656](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=243656), visitada el 10 de abril de 2008.

<sup>85</sup> “Fallo sobre la píldora ‘es una profunda herida’ a una sociedad más justa”, en *El Mercurio Online*, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=299287>, visitada el 5 de abril de 2008.

<sup>86</sup> Carlos ISLA, “TC rechaza inhabilitar a ministro que se pronunció sobre píldora del día después”, en *La Nación*, 28 de agosto de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071030/pags/20071030134918.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071030/pags/20071030134918.html), visitada el 11 de abril de 2008.

nos que expresó el comunicado de prensa. En efecto, lo que la mayoría de los sentenciadores declaró es que los prestadores de salud, en el marco de las Normas Nacionales, no podrán aconsejar, prescribir o distribuir este anticonceptivo.

En su parte *resolutiva* el TC sentenció:

“1. Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, ‘Anticoncepción Hormonal de Emergencia’, así como la Sección D., ‘Anticoncepción en Poblaciones Específicas’, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la ‘anticoncepción de emergencia’, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.

Que, en consecuencia, se desestima el requerimiento, en cuanto impugnó la Sección C, acápite 4, ‘Anticoncepción No Hormonal’, punto 4.1.1. ‘Dispositivos Intrauterinos’, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que integran el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres, contenida en la Sección D., bajo el título ‘Anticoncepción en Poblaciones Específicas’, acápite 1, ‘anticoncepción en adolescentes’, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, contenidas en el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, sin perjuicio de lo resuelto en el N° 1”<sup>87</sup>.

El impacto y trascendencia de este fallo es evidente. Se estima que un 58% de las usuarias del sistema público de salud usan la T de cobre<sup>88</sup>, método incorporado en las políticas de planificación familiar por casi cinco décadas<sup>89</sup>. La cuestión sobre los adolescentes era igual-

<sup>87</sup> TC, “Diputados Álvarez y otros por inconstitucionalidad del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud que aprueba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, rol 740-07, considerando 12°, 18 de abril de 2008.

<sup>88</sup> Verónica SCHIAPPACASSE, Paulina VIDAL, Lidia CASAS, Claudia DIDES y Soledad DÍAZ, *Chile: situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, corporación de salud y políticas sociales*, Santiago, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva y Servicio Nacional de la Mujer, 2003, p. 45.

<sup>89</sup> R. CABRERA, G. DELGADO, E. TAUCHER y O. AVENDAÑO, “Evaluación de 10 años de Planificación de la familia en Chile”, en *XVI Congreso Chileno de Obstetricia y Ginecología*,

mente relevante. Los requirentes cuestionaban que las adolescentes pudieran acceder a consejería, prescripción de métodos y servicios de salud sexual y reproductiva en confidencialidad y sin notificar a los padres. Se adujo que si los adolescentes obtenían servicios de salud en el ámbito de la sexualidad se violentaría el derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos.

En los sectores de menos recursos económicos los jóvenes dependen fuertemente, sino exclusivamente, de los servicios públicos de salud para satisfacer sus necesidades y derechos. En efecto, el número de nacimientos en mujeres menores de diecinueve años por comuna, revela las inequidades sociales, pues las cifras de las comunas más aventajadas social y económicamente muestran indicadores similares a los países escandinavos. Las comunas más pobres de Chile exhiben cifras similares respecto de África, mientras que las comunas intermedias indican realidades similares a los países de América Latina<sup>90</sup>. Lo anterior da cuenta de una fuerte hipótesis de discriminación de clase y género, pues sólo se afecta a las mujeres, a las más pobres: las usuarias del sistema público de salud. Todos los métodos cuestionados se encontraban y se encuentran disponibles en el mercado, y los adolescentes de mayores ingresos pueden acceder a servicios especializados de calidad y bajo confidencialidad. La sentencia no afectó de manera alguna los registros sanitarios vigentes de anticoncepción de emergencia, por lo cual las mujeres con recursos económicos están en condiciones de obtener la “píldora del día después”.

Al mismo tiempo, resulta preocupante que el TC de Chile desconozca recomendaciones que los órganos internacionales de protección han formulado al gobierno de Chile con anterioridad<sup>91</sup>. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU recomendó a Chile que modificara su legislación en torno al aborto clandestino, indicando que:

---

Santiago, mimeo, 1 de diciembre de 1975, p. 7 y T. MONREAL, “Factores determinantes de la tendencia del aborto ilegal en Chile”, en *Bol Of Sanit Panam*, vol. 86, N° 3, Santiago, 1979, p. 212.

<sup>90</sup> X. LUENGO, A. ZEPEDA y S. DÍAZ, “Embarazo en adolescentes. Últimos datos disponibles 2006”, en *XII Jornada Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de ICIMER*, 3-5 de octubre de 2007, en <http://www.icimer.org/pdfs/presentaciones/EmbarazosenAdolescentes2006.pdf> accessed el 27 de mayo de 2008.

<sup>91</sup> CEDAW, Observaciones finales: Chile, 25 de agosto de 2006. CEDAW/C/CHI/CO/4. CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile. 25 de junio de 1999. A/54/38, paras 202-235, 21° período de sesiones, 1999.

“El Estado parte debería modificar su legislación de forma que se ayude a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. Debería asimismo revisar su legislación sobre el aborto con miras a que concuerde con el Pacto”<sup>92</sup>.

Respecto al rechazo de la petición sobre los dispositivos intrauterinos, el TC señaló que el escrito de los requirentes adolecía una contradicción insalvable entre la parte argumentativa y la conclusiva, todo lo cual “acarrea una falta de claridad y precisión que impide entrar a conocer el asunto”<sup>93</sup>. De esta manera evitó todo pronunciamiento respecto de un método que acompaña a varias generaciones de mujeres en Chile.

A su vez, y sobre el cuestionamiento de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad respecto de los adolescentes, vale la pena recordar que en septiembre de 2006, cuando se expidieron las normas, hubo alcaldes que se opusieron judicialmente a la entrega de métodos a los adolescentes, y particularmente el uso de la AE. Se sumaron un par de padres que reclamaron que la decisión de la autoridad sanitaria vulneraba los derechos constitucionales que amparan la protección de la familia y, particularmente, el derecho de los padres a educar a sus hijos<sup>94</sup>.

Los recursos de protección interpuestos –al igual que el requerimiento– tuvieron como fundamento el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme lo establece el numeral 10 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. El TC sostiene que el derecho de los padres a educar a sus hijos tiene dos vertientes: la enseñanza formal toda vez que los padres eligen el establecimiento educacional en que desean educar a sus hijos conforme a su ideario educativo y, luego, la enseñanza informal que se produce en el núcleo familiar<sup>95</sup>. En este punto, el TC discurre acerca de la presunta violación al derecho de los padres. Señala que la educación sexual se fundamenta en valores que entrega la familia, y que sería inconstitucional excluir a los

---

<sup>92</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones finales a Chile, 89ª período de sesiones, en Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 30 de marzo de 1999. CCPR/C/79/add. 104, 30 de mayo de 1999.

<sup>93</sup> TC (n. 87).

<sup>94</sup> “Alcaldes UDI se suman rechazo a la píldora a los 14 años”, en *La Tercera*, 5 de septiembre de 2006, en [http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255\\_5666\\_228562550,00.html](http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_5666_228562550,00.html) accesado el 10 de diciembre de 2007.

<sup>95</sup> TC, (n. 87), considerando 15°.

padres de la formación de sus niños y adolescentes. En opinión del TC, el Ministerio de Salud al expedir las Normas Nacionales

“no vulnera el derecho a los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres... Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de los adolescentes escoger el establecimiento educativo de *sus hijas* ni *transmitir a éstas conocimientos* y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”<sup>96</sup>.

Si bien el TC desecha el requerimiento en este punto –aceptando, en parte, alguno de los argumentos esgrimidos a favor del derecho a la autonomía sexual y reproductiva de los adolescentes<sup>97</sup>– el razonamiento del tribunal reproduce estereotipos de género. El TC advierte que la educación sexual, o la consejería en salud sexual y reproductiva, es relevante para las *hijas* a quienes se les debe transmitir conocimientos, como si los adolescentes varones no tuvieran iguales responsabilidades en la reproducción, o que tal consejería y servicios no fuera igualmente necesaria para la prevención de embarazos o de infecciones de transmisión sexual, incluida el VIH/SIDA<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> TC (n. 87), considerando 16°.

<sup>97</sup> Véase Informe en Derecho de los profesores Jaime Couso, Nicolás Espejo y Domingo Lovera, “Interés superior del niño, autonomía y confidencialidad”, presentado ante el TC de Chile, en [http://www.udp.cl/derecho/noticias/1207/informe\\_derechoTC\\_pae.pdf](http://www.udp.cl/derecho/noticias/1207/informe_derechoTC_pae.pdf), visitada el 20 de julio de 2008.

<sup>98</sup> Una cuestión relevante respecto de este punto, es el déficit de provisión de servicios, consejería y educación sexual para adolescentes. Persisten las resistencias de los medios de comunicación (Canal 13 y Mega) a transmitir los *spots* publicitarios de campañas de protección contra el VIH/SIDA. El Ministerio de Educación no ha cumplido siquiera con los lineamientos programáticos en educación sexual, pese a los esfuerzos desde la sociedad civil, y los fondos invertidos para ellos por organizaciones internacionales, por lo cual el mismo Ministerio de Salud insta a Educación a tener mallas curriculares sobre sexualidad. A fines de octubre de 2007, se inició un plan piloto instrumentado entre el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de la Juventud destinado a entregar preservativos de manera gratuita a los jóvenes y enseñarles acerca de su uso. Véase Carlos GONZÁLEZ ISLA, “Polémica con la Iglesia y Canal 13 marcan inicio de campaña contra el sida”, en *La Nación*, 31 de julio de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070730/](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070730/)

Al mismo tiempo, si bien el TC hace mención excepcionalmente a los derechos de las mujeres, no enuncia ni menos insinúa cuáles serían esos derechos, todos los cuales deben ser leídos en la clave de la Convención Internacional de los Derechos del Niño o de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer. El TC no avanza más allá, incluso, se puede decir que su planteamiento es más tímido que lo razonado por la Corte de Apelaciones de Santiago, cuando rechazó dos recursos de protección que se invocaban las mismas objeciones:

“7°. Que en lo que al derecho de libertad de educación se refiere y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio, esta Corte no advierte que se le haya afectado, porque en la expresión que nos preocupa, derecho preferente de los padres, la medida en cuestión no la alcanza porque además de no estar orientada a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio, cual es lo que se encuentra garantido. Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formarlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos”<sup>99</sup>.

En otras palabras, y sin innovar, lo que hace el TC es reiterar lo señalado por los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2006, pero con menos firmeza y sin la claridad que se exige a una Corte que afirma derechos fundamentales.

El considerando 55 de la sentencia resalta la importancia y la protección del *derecho a la vida* en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Sin embargo, la decisión de mayoría omite que cualquier pretensión, incluso, a favor de la vida

---

pags/20070730210005.html visitado el 14 de abril de 2008 y Carlos GONZÁLEZ ISLA, “Chile envió a la ONU informe sobre sida”, en *La Nación*, 4 de marzo de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080303/pags/20080303213107.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080303/pags/20080303213107.html), visitada el 14 de abril de 2008.

<sup>99</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (n. 81)



y en el marco de la “duda razonable” sobre el efecto de la píldora, implica identificar, reconocer y ponderar otros derechos en juego, como los de las mujeres, incluyendo *su propio* derecho a la vida<sup>100</sup>.

La Corte advierte acerca del impacto de su decisión, y sostiene que ésta tiene importantes consideraciones afectivas para las personas. Ésta es la única prevención en que se alude a los sujetos, las mujeres invisibles beneficiarias, de la norma impugnada. Pero en esto también yerra la Corte; la adopción de su decisión no es una cuestión de afectación a los *sentimientos* sino de los *derechos* de las personas, reconocer que hará prevalecer el derecho a la vida de los eventuales embriones en riesgo *versus* el derecho a la integridad, intimidad y salud de miles de mujeres.

Las reacciones de rechazo fueron multitudinarias. El día 22 de abril de 2008, se realizó una marcha en contra del fallo del TC al cual asistieron más de veinte mil personas para manifestar su descontento con el fallo de la píldora y con el hecho de que el TC intervenga en temas que corresponderían al ámbito íntimo de cada persona<sup>101</sup>. Organizaciones de la sociedad civil apuntaron también sus críticas a la Iglesia Católica, iniciándose una campaña por Internet que llamaba a presentar una carta para solicitar la excomunión masiva ante los arzobispos de todas las regiones del país. El día 30 de abril de 2008, trescientos cincuenta jóvenes pidieron ser desvinculados de la Iglesia Católica en rechazo a su intervención en las políticas públicas de salud<sup>102</sup>.

Alcaldes contrarios al pronunciamiento han buscado vías legales para asegurar el acceso al método a través de las potestades que le entrega la Ley Orgánica de Municipalidades. En la actualidad, aún se encuentra pendiente un informe de la Contraloría General de la República respecto del alcance del fallo en relación con la posibilidad de que los jefes comunales puedan, con fondos propios, comprar este anticonceptivo y entregarlo a las usuarias de sus comunas. Si bien este es una acción loable, el problema de inequidad subsistirá, puesto que el acceso dependerá de las inclinaciones de cada jefe comunal y no será parte de una política pública.

---

<sup>100</sup> Véase Nicolás ESPEJO Y., “¡Viva la lucha de clases!”, en <http://elmostrador.blogspot.com/2008/04/viva-la-lucha-de-clases.html>, visitada el 14 de julio de 2008.

<sup>101</sup> “Más de 20 mil personas marchan contra el fallo del TC”, en *La Nación*, 22 de abril, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080422/pags/20080422203615.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080422/pags/20080422203615.html), visitada el 25 de abril de 2008.

<sup>102</sup> Carlos GONZÁLEZ, “Renuncia masiva a Iglesia Católica por píldora”, en *La Nación*, 30 de abril de 2008. en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080429/pags/20080429210906.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080429/pags/20080429210906.html), visitada el 25 de abril 2008.

*Acceso a la justicia y juez imparcial*

Organizaciones de la sociedad civil y mujeres solicitaron hacerse parte de este proceso en el TC. No se les reconoció calidad de partes a los solicitantes, pero se concedieron audiencias para escuchar presentaciones y alegatos de representantes del Congreso a favor de las Normas Nacionales, quienes solicitaron el rechazo al requerimiento por razones de fondo<sup>103</sup>. Se escucharon a las organizaciones de la sociedad civil, tanto a favor como en contra de las Normas y miembros de la comunidad médica, quienes presentaron evidencia científica a favor y en contra<sup>104</sup>.

Una de las cuestiones que destaca en este caso, es la *solicitud de inhabilidad* que medió respecto de dos miembros del tribunal. En efecto, los ministros Raúl Bertelsen y Enrique Navarro suscribieron un informe en derecho en calidad de expertos a favor del demandante AGES en contra del Instituto de Salud Pública en un juicio que culminó en 2005. En este informe afirmaban que la autorización de registro sanitario de Postinor 2 era ilegal e inconstitucional. Este informe formó parte constitutiva del requerimiento, sin una debida cita, por los diputados requirentes. Ni los requirentes ni los autores del informe, los ministros Raúl Bertelsen y Enrique Navarro, comunicaron que sus dichos estuvieran contenidos íntegramente en la demanda de inconstitucionalidad al resto de los ministros del tribunal<sup>105</sup>. Para decidir sobre la inhabilidad de sus miembros, el TC no abrió ningún

---

<sup>103</sup> Se presentaron los diputados: Enrique Accorsi, Sergio Aguiló, René Alinco, Isabel Allende, Gabriel Ascencio, Juan Bustos, Guillermo Ceroni, Alfonso de Urresti, Marcelo Díaz, Francisco Encina, Marco Enríquez-Ominami, Alvaro Escobar, Marcos Espinoza, Fidel Espinoza, Ramón Fariás, Guido Girardi Briery, Rodrigo González, Patricio Hales, Jorge Insunza, Enrique Jaramillo, Carlos Jarpa, Tucapel Jiménez, Antonio Leal, Pablo Lorenzini, Manuel Monsalve, Carlos Montes, Adriana Muñoz, Marco Antonio Núñez, Clemira Pacheco, Iván Paredes, Denise Pascal, José Pérez, Jaime Quintana, Alberto Robles, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa, Gabriel Silber, Laura Soto, Raúl Súnico, Jorge Tarud, Carolina Tohá, Eugenio Tuma, Patricio Vallespín, Samuel Venegas, Osvaldo Palma, Germán Becker, Carla Rubilar, Ximena Valcarce. Estos últimos cuatro miembros del partido opositor Renovación Nacional.

<sup>104</sup> Intervino a favor el médico Horacio Croxatto a nombre del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, el médico Guillermo Galán, presidente de APROFA, y el médico Ramiro Molina y Giorgio Solimano de la Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. En contra de los métodos y de las normas intervinieron los médicos Fernando Orrego y Patricio Mena de la Universidad de los Andes y Patricio Zapata en representación del Centro de Estudios del Evangelio.

<sup>105</sup> Ana MARÍA MORALES y Jorge POBLETE, "Recurso contra píldora reproduce párrafos del informe de ministro Raúl Bertelsen", en *La Tercera*, Santiago, 15 de abril de 2008, p. 16.

procedimiento especial, ni invitó a los diputados a audiencias para remitir antecedentes.

El único considerando sobre la materia expresa que en la tramitación de este juicio:

“[E]l Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto planteó que: ‘en la causa caratulada ‘Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública’, nulidad de derecho público, incoada hace algunos años ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, firmó, junto con otros profesores, un informe en derecho que lleva por título ‘El derecho a la vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0.75’ ’.

Expresó, además, que, ‘aunque personalmente considera que no le afecta la causal de implicancia contenida en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, para intervenir en los autos Rol N° 740, sobre requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, somete, en todo caso, la cuestión a la decisión del Tribunal’.

A su vez, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán hizo presente que, ‘tal como lo manifestó en su oportunidad en relación con la causa ‘Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública’, sobre nulidad de derecho público de la autorización del Instituto de Salud Pública para la venta y distribución de la droga Levonorgestrel 0.75 en la forma que en ella se indica, sustanciada ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, suscribió, igualmente, en el año 2003, junto a otros profesores, el informe en derecho denominado “El derecho a la vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0.75.’, antes mencionado. Por este motivo, estima que se encontraría sujeto a la causal de implicancia contenida en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997 y, en consecuencia, inhabilitado para conocer de este asunto. Situación que, en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del precepto legal antes citado, somete a consideración del Tribunal para su resolución”<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> TC (n. 87).

De esta manera, el ministro Enrique Navarro consideró que por los hechos descritos justifican su abstención para conocer del asunto, mientras que el ministro Raúl Bertelsen fue de la opinión que no le afectaba la causal de implicancia. La decisión fue sometida a votación del Tribunal. El ministro Francisco Fernández señaló que ambos eran suscriptores del mismo informe, por lo cual quedaban comprendidos en la causal de inhabilidad.

La votación sobre las implicancias fue dividida, y sin ningún fundamento que justificara las razones por las cuales debía inhabilitarse el ministro Enrique Navarro y no el ministro Raúl Bertelsen, rechazándose en consecuencia la inhabilidad:

“Por resolución de fecha veintiocho de agosto de dos mil siete –fojas 749– esta Magistratura Constitucional aceptó la implicancia para entrar a conocer de esta causa, planteada por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, teniendo especialmente presente lo expuesto por él y lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Rechazó, en tanto, la implicancia del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, por considerar que a su respecto no se encuentra configurada la causal de implicancia invocada.

La implicancia del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán fue acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios, quienes estuvieron por rechazarla “por estimar que no se cumplen a su respecto los requisitos de la causal prevista en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pues el dictamen invocado fue emitido con a lo menos tres años de anterioridad al inicio de la presente causa y versa sobre un asunto concreto que dice relación con la nulidad de derecho público de una autorización sanitaria, materia completamente distinta a la debatida en estos autos que consiste en la declaración de inconstitucionalidad de normas determinadas del Decreto Supremo N° 48 de 2007 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 3 de febrero del presente año, que se impugnan por los requirentes”<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> TC (n. 87).

“Por su parte, el rechazo de la implicancia planteada por el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto fue acordado con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, quienes estuvieron por acogerla ‘por considerar que en el dictamen aludido se contienen opiniones sobre todos los problemas que deben resolverse en el requerimiento sujeto actualmente a la decisión del Tribunal’.

Los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios previnieron que ‘concurren al rechazo de la implicancia del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto por los mismos fundamentos por los cuales votaron en contra de aquella promovida por el Ministro señor Navarro’ ”.

Como se puede ver, el ministro Juan Colombo y la ministra Marisol Peña no dan razones para explicar este inusitado cambio de criterio entre uno y otro caso. Lo que es peor, el Tribunal no da razones para señalar de qué manera su decisión salvaguarda uno de los más preciados pilares del debido proceso: *la imparcialidad*.

La imparcialidad y su relación con el debido proceso están expresamente recogidas en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tanto en el sistema universal (Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>108</sup>, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>109</sup> como en instrumentos regionales (Convención Americana de Derechos Humanos<sup>110</sup> y la Carta Europea de Derechos Humanos)<sup>111</sup>.

La CADH, ratificada por Chile y que se encuentra actualmente vigente dentro de las garantías judiciales contempladas en su artículo 8.1, dispone que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

---

<sup>108</sup> Artículo 10.

<sup>109</sup> Artículo 14

<sup>110</sup> Artículo 8.

<sup>111</sup> Artículo 6.

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Esta disposición constituye una piedra angular dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre las garantías judiciales, pues sienta las bases sobre los requisitos y exigencias que deben satisfacer los procedimientos, de cualquier especie por un Estado-parte, independiente de la denominación que se le dé al órgano que conoce, lo relevante es advertir la función que desempeña<sup>112</sup>.

Se entiende que la imparcialidad es aquella en que el juzgador

“carece de interés en los resultados del litigio, es decir, es completamente independiente de las partes, pues supone que este no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones para favorecer a una en desmedro de la otra”<sup>113</sup>.

El estándar sobre lo que constituye imparcialidad fue sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que en su jurisprudencia reiterada desde 1982 señala que ella vela por dos dimensiones: la *subjetiva* y la *objetiva* en conformidad con el artículo 6.1 de la Carta Europea. La primera, radica en advertir si las creencias personales que pueda tener un juez sobre la materia puedan afectar el resultado de un juicio y, la segunda, si el juzgador puede ofrecer que dará las garantías suficientes para un juicio justo<sup>114</sup>.

La imparcialidad no es sólo una cuestión de manifestación objetiva de imparcialidad que tenga el juzgador sino que la posibilidad de duda de un posible sesgo que pueda crear un clima de desconfianza de los ciudadanos en las instituciones cuya labor es la preservación del estado de derecho. La Corte IDH ha hecho suyo el estándar de la Corte Europea en diversos fallos, aun cuando no siempre distinga con claridad ambos aspectos<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Cecilia MEDINA, *La convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal. Libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 293.

<sup>113</sup> Alex CAROCCA PÉREZ, *Derechos Humanos y Derecho Civil: perspectiva procesal*, Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, 1997, p. 55

<sup>114</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Piersack v. Bélgica, demanda N° 8692/79, sentencia de 1 de octubre de 1982, para. 30. Véase, además, capítulo sobre justicia militar y derechos humanos en Chile, de este mismo Informe...

<sup>115</sup> MEDINA (n. 108), pp. 300-302.

Ello quedó de manifiesto en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, en que refiriéndose directamente al estándar por la Corte Europea<sup>116</sup>, la Corte IDH concluye:

“que considera que el derecho a ser juzgado por un juez o un tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o el tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”<sup>117</sup>.

A su vez, la Corte IDH ha establecido en el caso *Claude Reyes contra Chile* que:

“El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”<sup>118</sup>.

Si bien, la Ley Orgánica Constitucional (ley N° 17.997 ) no establece normas sobre la inhabilitación y recusación de los ministros del TC, recoge la idea de imparcialidad en el artículo 19º, el que expresa que constituye un motivo de implicancia, “el hecho de haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del Tribunal”. No se logra advertir cómo el TC de Chile establece que podría haber sesgo respecto de un ministro y no respecto del otro.

El TC, al no dar una señal clara sobre la imparcialidad de sus miembros, daña gravemente la confianza que depositan los ciuda-

---

<sup>116</sup> CORTE IDH, Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 170.

<sup>117</sup> CORTE IDH (n. 116), párr. 171.

<sup>118</sup> CORTE IDH. Caso *Claude Reyes y otros v. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 118.

danos en el sistema de justicia, el cual no sólo debe ser transparente sino, además, asegurar que sus decisiones sean razonadas, aun cuando no sean siempre compartidas. Lo importante es que sus decisiones no sean cuestionadas por su falta de imparcialidad y objetividad. En este caso, sin embargo, la decisión plantea una duda razonable sobre la imparcialidad del TC<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Este tema también fue discutido a propósito de la primera presentación realizada por los diputados en septiembre de 2006, y fue desestimada, tal como aparece en la parte final expositiva del fallo en enero de 2007: “En forma previa a la vista, el Ministro Raúl Bertelsen Repetto y el Ministro Enrique Navarro Beltrán hicieron presente una situación que podría ser constitutiva de implicancia para conocer y decidir el requerimiento de autos. El Tribunal por la unanimidad de todos sus miembros, excluidos los nombrados, y obrando con sujeción a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 17.997, desestimó tal hipotético motivo de implicancia”, TC, Requerimiento de inconstitucionalidad, rol 591-06, 11 de enero de 2007.



## DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

---

### ABSTRACT

Las sociedades democráticas se estructuran sobre la base de un complejo modelo de justicia social. Tal matriz ética busca dar un debido equilibrio a las demandas por justa redistribución de la riqueza y de los niveles de reconocimiento de la diversidad cultural desde la cual se estructura una sociedad abierta y compleja. Los derechos de los pueblos indígenas son, en este contexto, un elemento fundamental del entramado constitucional y de la noción misma de sociedad democrática multicultural. Por tanto, corresponde a los Estados darles debido reconocimiento a sus derechos, intentando establecer condiciones mínimas de paz social, cohesión e igualdad en la diferencia. Éste es el marco general propuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por Chile y plenamente vigente. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado de Chile exhibe extensos e intensos déficits en materia de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de sus pueblos originarios. Este capítulo presta atención al modo en que las instituciones constitucionales, legales, judiciales y administrativas –incluyendo las policías– incurren en diversas violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. En particular, se revisa el deficiente modelo de su reconocimiento constitucional en Chile, prácticas de violencia y hostigamiento en contra de comunidades indígenas y de quienes intentan defenderlas y el constante crecimiento de denuncias internacionales en contra de Chile en esta materia

**PALABRAS CLAVE:** pueblos indígenas; falta de reconocimiento constitucional; Convenio 169 de la OIT; violencia y hostigamiento, ley anti-terrorista; libertad de expresión.

## I. INTRODUCCIÓN

Al igual que en años anteriores, la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile ha estado marcado por el conflicto entre el Estado y algunas comunidades mapuches. La situación de conflictividad y tensión social en la Araucanía, que ha sido denunciada por numerosas organizaciones, tanto nacionales como internacionales, ha dominado la agenda pública en esta materia. El siguiente capítulo presenta los hechos más relevantes ocurridos durante 2007 y el primer semestre de 2008.

En particular, se analiza, en primer lugar, el proceso del voto a favor del Estado de Chile ante la ONU en relación con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, sus principales motivaciones y el escenario jurídico planteado a propósito de dicha aprobación. En segundo lugar, se da seguimiento a dos de las principales deudas pendientes en materia de normativa indígena, y a las que los *Informes anuales sobre derechos humanos* han dado seguimiento en años anteriores: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la ratificación del convenio 169 de la OIT. También se efectúa un seguimiento acerca de los sucesos acaecidos respecto de estos temas, con especial atención a la aprobación del convenio 169 por parte del Congreso Nacional con una declaración interpretativa surgida en el seno de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado. En tercer lugar, se analiza el tema de la violencia policial en comunidades mapuches, sus alcances y repercusiones en el ámbito comunicacional, social y judicial. Se revisan casos emblemáticos, como la muerte de Matías Catrileo por una bala de Carabineros, los hostigamientos policiales en la comunidad Temucucui y los enfrenamientos en la comuna de Ercilla. En cuarto lugar, se examinan los hechos que han tenido lugar con ocasión de los acuerdos entre pescadores lafquenches de Mehuín y la empresa CELCO, a raíz de la potencial construcción de un ducto de desagüe por parte de CELCO, en la localidad de Mehuín, Región de Los Ríos. Finalmente, se describen los casos sobre derechos indígenas en actual tramitación ante el sistema interamericano de derechos humanos. Destaca, en este aspecto, la propuesta de solución amistosa que el Estado ha hecho a los peticionarios en el caso de Aniceto Norín y Pascual Pichún, conocido como el de los *lonkos* condenados por ley antiterrorista, y el caso de Víctor Ancalaf, quien fue condenado como autor de delito terrorista a la pena de diez años y un día. El referido caso se materializó en una denuncia en contra del Estado de Chile que,

al cierre de este *Informe...*, fue declarada admisible por la CIDH. Por último, se analizan los casos de periodistas y documentalistas que han sido perseguidos u hostigados por su trabajo sobre comunidades mapuches. La tendencia que se observa es que, junto con agudizarse el conflicto entre comunidades mapuches y el Estado chileno, este último no sólo considera sospechosas las actuaciones de miembros de las comunidades sino, además, de quienes intentan dar cuenta de los hechos de violencia y conflictividad que se viven en el sur de Chile.

## II. EL VOTO DE CHILE ANTE LA ONU A FAVOR DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, con el voto favorable de ciento cuarenta y tres países, once abstenciones y cuatro rechazos (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda). Los comentaristas coinciden en que se trata de un logro histórico: tras dos décadas de debates y negociaciones, finalmente se logró consensuar un documento que busca dotar de mayor autoridad y asegurar la protección de los más de trescientos millones de indígenas del mundo, elevando los estándares internacionales de derechos humanos.

En particular, la Declaración reconoce, en primer lugar, el derecho de los pueblos indígenas a: “determina[r] libremente su condición política y [perseguir] libremente su desarrollo económico, social y cultural” (art. 3), el derecho a la autonomía o autogobierno en sus asuntos internos (art. 4), así como el derecho a conservar sus propias instituciones políticas, económicas y jurídicas, quedando a su voluntad la posibilidad de participar “en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (art. 5). Junto con este marco de protección especial, la Declaración avanza en áreas específicas, entre las cuales destaca la elevación del estándar internacional del derecho a la consulta –previsto en el convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile recientemente, pero aprobado hace dos décadas– al derecho de los pueblos indígenas a *consentir* libre e informadamente respecto de medidas administrativas o legislativas que afecten (art. 19). Asimismo, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas: “a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han

poseído u ocupado y utilizado” (art. 25), disponiendo que los Estados deben aplicar procesos justos y transparentes que reconozcan las leyes, tradiciones, costumbres y tenencias de tierras ancestrales indígenas, con lo cual el abanico de obligaciones que asumen los Estados se torna no sólo más específico sino, además, complejo. Desde septiembre de 2007, los pueblos indígenas del mundo gozan de un nivel de protección internacional sin precedentes.

Chile no sólo votó a favor de la Declaración sino, además, en la sesión especial convocada por la Asamblea General de la ONU, pidió la palabra para “explicar” su voto. Tras escuchar los argumentos de los países que se opusieron a la Declaración, Chile fue de los primeros en pronunciarse a favor del instrumento internacional. Coincidente con el deseo del gobierno de la presidenta Bachelet, de posicionarse como un referente internacional en materia de derechos humanos –por ejemplo, por medio de su ingreso, en mayo de 2008, al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas–, el representante del Estado chileno, Armín Andereya, pronunció un discurso asegurando el compromiso de Chile con el respeto y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Las siguientes fueron las palabras del gobierno de la presidenta Bachelet ante la Asamblea General de las Naciones Unidas:

“La Delegación de Chile ha sumado su voto a la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por cuanto conocemos el importante y valioso aporte de los pueblos indígenas en la construcción y desarrollo de nuestras sociedades.

En la gran tarea nacional que estamos desplegando para construir una sociedad más inclusiva, diversa y tolerante, la Declaración de las Naciones Unidas es un paso significativo en esa dirección.

En este marco, queremos reiterar el principio esencial de nuestro orden jurídico interno de ‘respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades’ que inspira las políticas públicas que se están implementando y las iniciativas que se están propiciando para el desarrollo económico, social y cultural de nuestros pueblos indígenas.

Esta Declaración de las Naciones Unidas servirá para fortalecer esos esfuerzos nacionales, los que se llevan a cabo a través del diálogo, respeto por nuestras particularidades, ob-

servancia de nuestros compromisos internacionales y muy especialmente de nuestra Institucionalidad, Estado de Derecho y normas jurídicas internas. Es este espíritu de consenso el que se recoge en el Art. 46.

La presidenta Michelle Bachelet reafirma, mediante el apoyo a esta Declaración de las Naciones Unidas, su firme y decidido compromiso de los gobiernos democráticos, con el desarrollo integral de los pueblos indígenas, con el respeto a su dignidad, derecho y raíces”.

La referencia al artículo 46 es importante. La norma señala que la Declaración no puede ser interpretada “en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”<sup>1</sup>. Como se verá a continuación, el Estado chileno parece estar especialmente preocupado sobre las implicaciones jurídicas y políticas que se puedan seguir de la Declaración Universal.

Diez días después de “comprometerse decididamente” con la Declaración Universal, la presidenta Bachelet asistió a la Asamblea General de la ONU y aprovechó de visitar las oficinas centrales de la organización de derechos humanos, Human Rights Watch, en Nueva York, en señal de su preocupación por la situación de los derechos humanos y fortalecer, así, la postulación de Chile al Consejo de De-

---

<sup>1</sup> El artículo 46 de la Declaración establece:

1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

rechos Humanos de las Naciones Unidas. Dicho compromiso contrasta con la situación que los pueblos indígenas –en particular, el pueblo mapuche– viven en el ámbito doméstico.

### III. FALTA DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y APROBACIÓN DEL CONVENIO 169 OIT POR PARTE DEL ESTADO DE CHILE

Una de las principales demandas de los pueblos indígenas, y que data de los Acuerdos de Nueva Imperial –firmados por el entonces candidato a la presidencia, Patricio Aylwin, y líderes indígenas en 1988–, es el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios. En noviembre de 2007, la presidenta Bachelet envió al Congreso un nuevo proyecto de ley que busca dar respuesta a esta postergada demanda que ubica a Chile como uno de los pocos países en América Latina en el que los pueblos indígenas no cuentan con reconocimiento constitucional<sup>2</sup>.

Tras dieciocho años de democracia, el compromiso que la Concertación de Partidos por la Democracia asumiera en 1989 sigue incumplido: los pueblos indígenas en Chile no gozan de reconocimiento constitucional. Su existencia legal está circunscrita a la ley indígena de 1993, la que, si bien reconoce derechos y grados mínimos de protección, no satisface en plenitud la aspiración de los pueblos originarios de formar parte de las bases de la institucionalidad chilena<sup>3</sup>.

La falta de reconocimiento tiene efectos simbólicos y prácticos. Desde un punto de vista simbólico, el reconocimiento constitucional se refiere al lugar que en el tejido social y político chileno tienen los pueblos originarios. Desde una perspectiva práctica, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas supone, entre otras cosas, asumir el compromiso activo de dar protección, respetando las estructuras organizacionales tradicionales de los indígenas, tal como lo dispone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>4</sup>. La

<sup>2</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas de Chile, *Mensaje* 1101-355, 23 de noviembre de 2007, en [http://www.bcn.cl/actualidad\\_legislativa//temas\\_portada.2007-12-05.0158771279/5522\\_07.pdf](http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa//temas_portada.2007-12-05.0158771279/5522_07.pdf), visitada el 5 de agosto de 2008.

<sup>3</sup> Ley N° 19.253 de 1993 sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas, publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 5 de octubre de 1993.

<sup>4</sup> Véase convenio 169 OIT artículos 2.2 b), 4.1, 5, 6, y 7; y, asimismo, Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas artículos 3, 3bis, y 4, y caso de la comu-

falta de reconocimiento constitucional alimenta, así, la desconfianza hacia la voluntad del Estado de incluir genuinamente a los pueblos indígenas.

Uno de los principales estándares internacionales de derechos humanos que gobiernan a los pueblos indígenas es el convenio 169 de la OIT. Hasta mediados de 2008, este instrumento, adoptado en junio de 1989, había sido ratificado por dieciocho países –doce de los cuales pertenecen a América Latina. El convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, estableciendo el derecho a participar en los asuntos del Estado, el derecho a ser consultado y a autogestionar sus asuntos, además del derecho de propiedad y posesión sobre las tierras indígenas, los territorios y los recursos naturales indígenas. Además, dispone la protección de derechos culturales, como el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Al igual que el reconocimiento constitucional, su ratificación también forma parte de las promesas adoptadas por la Concertación hacia los pueblos indígenas de Chile. Desde 1991 que se encontraba esperando la aprobación por parte del Congreso Nacional. Durante 2007, y tras varios intentos fallidos e, incluso, un requerimiento presentado ante el TC por parlamentarios de la Alianza por Chile<sup>5</sup>, finalmente el Parlamento lo aprobó. La forma de aprobación de este instrumento internacional, sin embargo, genera dudas acerca del nivel de compromiso del Estado –tanto el Congreso como el Ejecutivo– con lo proclamado ante la comunidad internacional en septiembre de 2007. Más aún, en mayo de 2008, el TC aprobó su compatibilidad con las normas constitucionales y legales chilenas. Sin embargo, la sentencia del TC contiene una lectura particularmente restrictiva de las normas del convenio, así como algunas consideraciones que se apartan de lo establecido en el ámbito internacional. A continuación, se analiza, separadamente, algunos aspectos de interés en la tramitación ante el Congreso y el pronunciamiento del TC.

---

nidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte IDH, Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001, párrafos 149 y 154.

<sup>5</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006. Hechos 2005*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2006, p. 367; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, pp. 385-390.

*a) Tramitación parlamentaria del Convenio 169*

Tras el debate parlamentario, que se extendió por varios meses, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado aprobó el Convenio incluyendo una “declaración interpretativa” a su artículo 35, norma que dispone que, si existen otros instrumentos jurídicos –distintos al convenio 169– que confieran a los pueblos indígenas un mayor nivel de protección, su aplicación no deberá obstar ni perjudicar la situación que mejora la condición de los derechos de los pueblos indígenas<sup>6</sup>. Se trata de una cláusula que materializa varios principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el deber de interpretar progresivamente los estándares internacionales y siempre en favor de la mayor libertad de las personas.

Tras escuchar la opinión de varios actores relevantes –entre ellos, ministros de Estado y consejeros de organizaciones indígenas– la Comisión del Senado propuso al gobierno la aprobación del referido instrumento internacional, pero con la siguiente “declaración interpretativa”:

“El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido de que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La declaración es confusa, pero al revisar el debate en el seno de la Comisión queda claro que su objetivo no era otro que restringir el ámbito de aplicación del convenio. El gobierno, a través del ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, y la entonces ministra de Planificación, Clarisa Hardy, acogieron el planteamiento de la Comisión<sup>7</sup>. La celebrada aprobación del convenio

---

<sup>6</sup> El artículo art. 35 del convenio establece que: “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”, en <http://www.convenio169.cl/files/Convenio169.pdf>, visitada el 5 de agosto de 2008.

<sup>7</sup> La Comisión estaba integrada por los senadores Jaime Gazmuri (PS), Hernán Larraín (UDI), Jorge Pizarro (DC), Sergio Romero (RN) y Roberto Muñoz (PPD). La declaración emanó de una propuesta de los senadores de la Alianza por Chile, Juan Antonio Coloma y Sergio Romero. Véase “Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores re-



169 se realizaba con una declaración de dudoso valor jurídico –tanto así que el gobierno envió un oficio a la OIT consultando acerca de su legalidad. El objetivo político, sin embargo, no deja dudas: restringir el alcance de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en dicho instrumento internacional.

Con la declaración interpretativa, el Estado de Chile buscaba limitar el reconocimiento de derechos y ventajas a favor de los pueblos indígenas circunscribiéndolos únicamente a aquellos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraran vigentes al momento de la adopción del propio convenio, esto es, en junio de 1989. De esta manera, su aplicación excluiría a la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada hace menos de un año, así como otros posibles instrumentos que podrían adoptarse en el futuro –por ejemplo, la Convención Interamericana Contra la Discriminación Racial, que se discute en el seno de la OEA– y, desde luego, todo el Derecho Internacional Consuetudinario.

Tal fue la opinión del director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Chile, Hernán Salinas, quien: “sugirió que se [efectuara] una reserva al mencionado artículo 35, a fin de excluir a las recomendaciones (*sic*) de su aplicación a nuestro país”<sup>8</sup>. La alusión del profesor Salinas a “las recomendaciones” debe entenderse como “las Declaraciones”, en particular, la Declaración Universal aprobada en 2007. Por su parte, el profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas de la Universidad Católica de Chile, Sebastián Donoso Rodríguez, quien compareció a continuación del profesor Salinas, explicó que:

“el Convenio fue aprobado en forma casi unánime sobre la base de un acuerdo político entre el oficialismo y la oposición en cuanto a que dicha aprobación no abre la puerta a otros instrumentos internacionales –como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la ONU en septiembre pasado– cuyas recomendaciones son bastante más avanzadas que el propio Convenio, lo que ha sido interpretado como una

---

caído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, sobre aprobación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989”, en *Boletín* N° 233-10, 9 de enero de 2008, p. 63 y ss., en [http://www.bcn.cl/actualidad\\_legislativas/temas\\_portada.2008-03-24.9206515315/233\\_10.pdf](http://www.bcn.cl/actualidad_legislativas/temas_portada.2008-03-24.9206515315/233_10.pdf), visitada el 5 de agosto de 2008.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 54.

forma de limitar futuras demandas basadas en la reciente declaración de la ONU<sup>9</sup>.

En la sesión ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, Sebastián Donoso fue, incluso, más allá, vinculando la aprobación del Convenio 169 a demandas de grupos indígenas y actos ilegales, sugiriendo que:

“su mera aprobación y, por tanto, su incorporación como norma de derecho interno, constituye suficiente argumento para que sus disposiciones sean invocadas en apoyo de demandas, movilizaciones y aún actos fuera de la ley”<sup>10</sup>.

La Comisión acogió estos planteamientos y propuso al gobierno formular la referida declaración interpretativa. El gobierno, representado por el ministro Viera-Gallo y la ex ministra Hardy, estuvo de acuerdo<sup>11</sup>.

En tanto la Constitución de la OIT no contempla mecanismos de declaraciones interpretativas<sup>12</sup>, el gobierno de Chile debió elevar una consulta a la OIT para que se pronunciara sobre el alcance de la declaración que el Estado hacía al Convenio 169. La OIT respondió, señalando que el Convenio 169 tiene por finalidad establecer estándares mínimos de protección de derechos de los pueblos indígenas, y en ningún caso puede desmejorar derechos o ventajas establecidos en su favor, que se encuentren garantizados en el ámbito local<sup>13</sup>. Se incluye en este marco a instrumentos internacionales que consagren

---

<sup>9</sup> Sebastián DONOSO RODRÍGUEZ (profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas Universidad Católica), “Aprobación del Convenio 169 de la OIT”, en *El Mercurio*, Santiago, 12 de marzo de 2008.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 57.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 63.

<sup>12</sup> El artículo 37.1 de la Constitución de la OIT establece que las interpretaciones fide dignas de los convenios de dicha organización sólo puede establecerlas la Corte Internacional de Justicia, y no declaraciones interpretativas hechas por los Estados:

Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución. Interpretación de la Constitución y de los convenios.

<sup>13</sup> Respuesta Solicitud de Opinión respecto a significado del artículo 35 convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales a Ministro Secretario General de la Presidencia de la República de Chile Ministro José Antonio Viera-Gallo, Ref. ACD 5-169, *Oficina Internacional del Trabajo*, 6 de febrero de 2008, en poder de los autores de este informe.

derechos a favor de los pueblos indígenas, incluso, en un momento posterior a la propia ratificación del convenio, como es el caso de la Declaración Universal sobre Pueblos Indígenas. Así, la OIT comunicó su opinión al gobierno de Chile:

“En caso de que cualquier derecho o ventaja más favorable haya sido garantizado por el derecho o la costumbre del Estado miembro interesado en razón de, por ejemplo, la ratificación por ese país de un Convenio de la OIT o de la ratificación –por parte de dicho Estado– de cualquier otro instrumento internacional en conformidad con el derecho internacional de los tratados, dicho derecho o ventaja debe, en virtud del artículo 35 [del Convenio 169], seguir siendo respetado plenamente en el Estado miembro ya que no puede ser menoscabado por la aplicación de cualquier disposición del Convenio núm. 169<sup>14</sup>.”

Dicha opinión es, por lo demás, consistente con el carácter evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, el dinamismo con que el Derecho Internacional se adecua a las necesidades de los sujetos destinatarios de sus normas y prácticas.

Llama la atención que, en su presentación de junio de 2008 al Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Estado chileno, en el único párrafo que dedica al convenio 169, se limita a señalar que:

“[s]e han realizado un conjunto de gestiones necesarias para proceder a su aprobación, así como se ha consultado a diferentes organizaciones sobre la conveniencia de este cuerpo normativo”,

agregando un par de líneas que dan cuenta, de modo general, de la tramitación parlamentaria del convenio entre agosto y diciembre de 2007<sup>15</sup>. El informe del gobierno transmite la falsa impresión que el trámite del convenio en el Congreso Nacional ha estado libre de problemas.

---

<sup>14</sup> Respuesta Solicitud de Opinión... (n. 13), p. 3.

<sup>15</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Informes presentados por los Estados-partes conforme al artículo 9 de la Convención, Informe de Chile, CERD/C/CHL/18, 27 de junio de 2008, párr. 45, en [www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/AdvanceVersion/CERC.C.CHL\\_AUV\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/AdvanceVersion/CERC.C.CHL_AUV_sp.doc), visitada el 5 de agosto de 2008.

*b) La sentencia del TC sobre el Convenio 169*

En mayo de 2008, el TC se pronunció acerca de dos normas contenidas en el convenio 169: el artículo 6 número 1, que establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cuando los Estados quieran implementar medidas legales o administrativas que los puedan afectar, y el artículo 7, donde se dispone el derecho de los pueblos indígenas a participar decisivamente en las materias de su interés, estableciendo obligaciones concretas para los Estados.

El TC no encontró incompatibilidad entre las normas del convenio y el ordenamiento jurídico chileno, de modo tal que declaró (salvo un ministro) que no había reproche constitucional que hacer. Sin embargo, la sentencia del TC, en lugar de señalar cómo el convenio *puede* tener aplicación, más bien enumera las obligaciones que *no* emanan del convenio, restándole, en definitiva, su fuerza normativa. En lugar de mostrar cómo puede servir para materializar sus aspiraciones (y las de la propia Constitución, que buscar asegurar a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización), en vez de apuntar la ruta constitucional que permitiría expandir las posibilidades de participación y desarrollo de los pueblos indígenas en línea con el Derecho Internacional, el TC se encargó de fijar límites al alcance normativo del convenio.

Así, por ejemplo, para el TCI:

“la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”<sup>16</sup>.

Su aseveración es, sin embargo, inexacta: el convenio 169 en rigor no establece “una forma de recabar opinión”, esto es, no fija determinados procedimientos que los Estados deben seguir, sino que indica los principios que deben animar dichos procedimientos: consulta a los pueblos indígenas, de buena fe, y encaminada a lograr acuerdo o consentimiento. Se equivoca cuando afirma que las normas del convenio “vienen a establecer modos de participación de los

---

<sup>16</sup> TC, Sentencia rol 1050-08, 3 de abril de 2008, considerando 14º, en <http://www-tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/967>, visitada el 5 de agosto de 2008..

pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración” (C. 12<sup>o</sup>). El convenio no establece *modos* de participación; tal materia queda entregada al desarrollo de los Estados.

Por otra parte, su sentencia no menciona en ninguna ocasión alguna de las interpretaciones que los órganos internacionales autorizados para monitorear el cumplimiento del convenio han realizado. Y ello es problemático toda vez que algunas de las consideraciones del TC están en pugna con la opinión de los organismos expertos en la materia. No hay una sola mención, por ejemplo, a las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, cuya labor es, precisamente, señalar cómo se deben entenderse, entre otras, las normas del convenio 169. En su informe de 2008, la Comisión señala en forma categórica que:

“la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas. Esto supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”<sup>17</sup>.

El TC decretó que las normas del convenio no podrían alterar en modo alguno el reparto de atribuciones y competencias de las autoridades chilenas, con lo cual se instala en la vereda opuesta de lo que en el ámbito internacional está pasando<sup>18</sup>. Quienes interpretan el convenio señalan que sus normas suponen la creación, aun gradual, de mecanismos adecuados para lograr la participación de pueblos indígenas. El TC dice lo contrario.

---

<sup>17</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*, Informe III (Parte 1A), Informe general y observaciones referidas a ciertos países, Conferencia Internacional del Trabajo, 97<sup>a</sup> reunión, 2008, p. 760, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2008.htm>. Visitada el 1 de julio de 2008.

<sup>18</sup> La actitud del TC chileno contrasta, por ejemplo, con el desarrollo jurisprudencial que ha llevado adelante su símil colombiano, el que se caracteriza por la solidez argumentativa de sus decisiones. En efecto, la Corte Constitucional de Colombia ha utilizado profusamente el convenio 169 para reforzar las normas domésticas que protegen a las comunidades indígenas, señalando que aquél debe entenderse como parte del “bloque de constitucionalidad” de dicho país y que sus normas e interpretación autorizada deben servir de guía para la labor de la Corte cuando conoce casos que involucran a comunidades indígenas. Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 039/97, Caso U’wa, párra. 3.3; Demanda de inconstitucionalidad contra el *Código de Minas*, Ley 685/01, en especial, párrafos 16, 17 y 20, en <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/Tutela/SU039-97.htm>, visitada el 1 de julio de 2008.

Finalmente, el TC, por medio de la prevención del *ministro Enrique Navarro Beltrán*, señala que las normas del convenio no son autoejecutables, sino que son meras normas programáticas. Pero ocurre que, desde la Constitución de 1980, las normas que integran el sistema jurídico chileno —y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte de dicho sistema— obligan, sin necesidad de desarrollo legislativo. Puede ocurrir que el legislador deba, a fin de dar coherencia y orden, regular una determinada materia, pero una vez que dicha materia está contenida en una norma que no pugna con la Constitución obliga a todas las autoridades. El TC señaló que el Convenio 169 de la OIT es compatible con el orden jurídico chileno, por lo que corresponde tenerlo como norma válida y vigente. Más aún, el ministro Enrique Navarro concede el carácter programático a las normas del convenio basado en “la historia fidedigna del establecimiento de [la] norma”<sup>19</sup>, pero para afirmar su conclusión cita la discusión que se tuvo en el seno de la Comisión del Senado, no los trabajos preparatorios del convenio 169, que sí es, en rigor, donde se “establece la norma” en discusión. La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado aprueba o rechaza, pero no crea ni establece las normas contenidas en un tratado internacional. Por último, la prevención del ministro Enrique Navarro omite un hecho fundamental, a saber, que el instrumento internacional en análisis es un *convenio*, cuyo valor jurídico es equivalente al de una norma legalmente sancionada. A diferencia, por ejemplo, de una declaración, cuyo valor jurídico sí es más circunscrito<sup>20</sup>. Si el Estado se toma en serio los derechos de los pueblos indígenas no puede aducir la ausencia de ley para no poner en aplicación los estándares que incorpora el Convenio 169. Más aún, después de votar a favor de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que ha elevado el estándar desde la consulta al consentimiento previo, libre e informado.

#### IV. VIOLENCIA EN COMUNIDADES MAPUCHES

Durante el año 2007 los hechos de violencia policial en contra de comunidades mapuches no han cesado. Según el Observatorio de De-

<sup>19</sup> TC (n. 16), prevención del ministro Enrique Navarro Beltrán, 1.º.

<sup>20</sup> De hecho, en el marco de las discusiones que llevaron a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, las delegaciones de algunos países, como Estados Unidos o Nueva Zelanda, hicieron presente que, al tratarse de una *declaración*, sus normas eran mandatos aspiracionales.

rechos de los Pueblos Indígenas, durante el año se habrían registrado *veinte hechos de violencia policial en comunidades mapuches*. Sin duda, el hecho más notorio fue la muerte de Matías Catrileo Quezada por un impacto de bala de Carabineros, en el fundo Santa Margarita, de propiedad de Jorge Luchsinger, el cual es reclamado por comunidades indígenas. Sin embargo, la muerte de Matías Catrileo es sólo el hecho más grave entre varios sucesos de violencia policial en comunidades mapuches. Ante varios de estos hechos de violencia, se presentaron acciones legales ante los tribunales de justicia, sin que se hayan obtenido condenas o sanciones en contra de los responsables. Activistas de derechos humanos se reunieron con altas autoridades del gobierno para advertir de la situación de conflictividad en la Araucanía. En marzo de 2008, José Aylwin, codirector del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y el alcalde de la comuna de Tirúa, Adolfo Millabur, comparecieron ante la CIDH para informar acerca de las violaciones tanto a comuneros mapuches como a defensores de derechos humanos de las comunidades. El Estado de Chile, representado por la Cancillería, tuvo que responder preguntas incisivas de la CIDH sobre los hechos de violencia policial, en particular, del relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas, Víctor Abramovich.

*a) Matías Catrileo:  
muerto por una bala de Carabineros*

El 3 de enero de 2008, personal del GOPE disparó contra un grupo de indígenas que intentó ocupar el fundo Santa Margarita en la localidad de Vilcún, a unos treinta kilómetros al este de Temuco. En la acción policial, una bala de 9 mm alcanzó por la espalda al estudiante universitario Matías Catrileo Quezada, quien falleció minutos después a causa de la perforación de su pulmón. El hecho se produjo a eso de las 06:40 hrs., aunque su cuerpo fue entregado sólo horas más tarde, tras tensas negociaciones con autoridades de gobierno, representantes de la Iglesia Católica, la Cruz Roja y comuneros mapuches. Estos últimos “retuvieron” su cadáver, según dijeron, ante la eventualidad de que Carabineros alterara la evidencia del impacto de bala por la espalda. Inicialmente, tanto el intendente de la Región de la Araucanía, Oscar Eltit, como el subsecretario del Interior, Felipe Harboe, rechazaron toda posibilidad de mediación con los comuneros indígenas. Oscar Eltit señaló a la prensa:

“lo que procede en un estado de derecho es que el cuerpo sea entregado a las autoridades, no hay posibilidad de mediación

alguna... Una actuación de ese tipo no se ajusta al Estado de Derecho que rige en Chile”<sup>21</sup>.

Finalmente, el gobierno accedió a que el obispo de Villarrica, Sixto Parzinger, actuara de mediador para la entrega del cuerpo. El obispo de Temuco, Manuel Camilo Vial, consultado sobre la negativa de los indígenas a entregar el cadáver a las autoridades dijo entender la actitud de los comuneros, quienes “tienen presente lo que aconteció con Alex Lemún, que todavía no tiene una sentencia judicial”<sup>22</sup>. La referencia del obispo Manuel C. Vial es al asesinato, también a manos de las Fuerzas Especiales de Carabineros, del joven de diecisiete años Alex Lemún, ocurrida en noviembre de 2002<sup>23</sup>.

Tal como lo señala el religioso, la muerte de Alex Lemún ha quedado en la impunidad: a pesar de haberse acreditado que el balín metálico que lo impactó fue disparado por el entonces mayor de Angol, Marco Aurelio Treuer, el proceso fue sobreseído en 2004 por la Corte Marcial. Más aún, la investigación por la muerte de Matías Catrileo quedó a cargo del mismo fiscal militar que tramitó el caso de Alex Lemún. Desde el punto de vista del deber que tienen los Estados de investigar y sancionar a los responsables de delitos, en particular cuando éstos son cometidos en contra de personas pertenecientes a grupos desaventajados, la ausencia de determinación de responsabilidades penales, en este caso, es una grave violación de los derechos humanos<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> *Azkintuwe*, 3 de enero de 2008, en [http://www.liberacion.cl/matias\\_catrileo.htm](http://www.liberacion.cl/matias_catrileo.htm), Visitada el 3 de enero de 2008.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Sobre la muerte de Alex Lemún, véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004. Hechos 2003*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2004, pp. 251-252.

<sup>24</sup> Véase caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Corte IDH, Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, párrafos 170-175, en relación con estándar del “deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”; véase caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs. Nicaragua*, Corte IDH, Sentencia de fondo de 31 de agosto de 2001, párrafos 112-114, en relación con el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, el cual, según la Corte, “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.



Al igual que en el caso de Alex Lemún, se determinó quién era responsable del disparo en contra de Matías Catrileo: el carabiniero Walter Ramírez Espinoza, con diez años de servicio en la institución. A la fecha del cierre de este informe el fiscal militar, José Pinto Aparicio, quien realiza la investigación del crimen de Matías Catrileo, determinó el sometimiento a proceso de Walter Ramírez Espinoza por el delito de “violencia innecesaria con resultado de muerte”, y la sujeción a prisión preventiva mientras se desarrolla la investigación del delito en cuestión. Sin embargo, la Corte Marcial decretó la libertad del oficial, quien fue, posteriormente, trasladado a Coyhaique, lugar en el que siguió ejerciendo funciones. El *Informe...* dará especial seguimiento a este caso, en tanto involucra la muerte de un joven mapuche en un enfrentamiento con Carabineros, el cual está siendo conocido por la justicia militar, la que ha sido blanco de críticas por no observar estándares mínimos del debido proceso<sup>25</sup>.

*b) Violencia y hostigamiento policial  
en comunidades mapuches*

Según el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, durante 2007 se habrían registrado a lo menos veinte situaciones de violencia policial en comunidades mapuches<sup>26</sup>.

Una de las denuncias más serias sobre violaciones a los derechos humanos de los comunidades indígenas es la que *acusa a Carabineros de ingresar a escuelas para interrogar a niños por las actividades de sus padres*. En junio de 2007, el *werkén* de la comunidad Raquilco, Rodrigo Curipán, patrocinado por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, presentó un recurso de protección en contra de la prefectura de Malleco de Carabineros de Chile por la irrupción de personal policial en la escuela Villa Chihuaihue, para someter a niños a interrogatorios, en violación a la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual Chile es signatario.

De acuerdo con la acción judicial, el 18 de junio de 2007 Carabineros ingresó a la escuela interrogando a los niños; acaso ellos eran o no parientes de quienes “estaban peleando la tierra” y si es que había

---

<sup>25</sup> Mayores detalles en los capítulos sobre justicia militar y libertad de expresión en este mismo *Informe...*

<sup>26</sup> “Hechos de violencia policial en contra de mapuche durante el 2007”, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20080118022838>. Visitada el 1 de julio de 2008.

armas en la comunidad, señalándoles que sus padres estaban cometiendo robos. El recurso señala que dicho incidente es uno más de una serie de hechos de esta naturaleza, detallando lo ocurrido en la escuela particular N° 23, ‘El Progreso’, de la comuna de Ercilla, en el año 2006. Según los recurrentes,

“en dicho Colegio, ingres[ó] Carabineros durante el segundo semestre del año 2006, interrog[ó] a los niños sobre sus datos personales y si eran amigos de alguno de ‘estos que estaban peleando tierras’. Este ingreso se [produjo] en el marco de un allanamiento que se estaba realizando en la comunidad. Aproximadamente una hora más tarde, nuevamente volvieron, pero esta vez Carabineros de la SIP, [quienes] les señalaron a los menores ‘sus padres están ahora detenido por usar armas y ocupar tierras que no son de ellos’, amenazando que ‘si ustedes no nos dicen qué hacen sus padres entonces los vamos a llevar preso’ (*sic*)”<sup>27</sup>.

De acuerdo con los recurrentes, “existen otros casos [de abusos policiales], pero los padres se niegan a denunciarlos por temor, tanto en los padres y, sobretudo, en los menores”<sup>28</sup>. La organización de defensa de los derechos de los pueblos indígenas puso en conocimiento de los hechos al entonces ministro del Interior, Belisario Velasco, e informó de lo sucedido al entonces relator de las Naciones Unidas para los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen<sup>29</sup>.

Pocas semanas más tardes, se hizo público el informe de una misión de diversas organizaciones de la sociedad civil, tanto nacionales como extranjeras, que constataron la delicada situación que afecta a la comunidad de Temuicui<sup>30</sup>. La historia de conflicto por las tierras

<sup>27</sup> Recurso de protección presentado por José Aylwin y Rodrigo Curipán ante la Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de junio de 2007, Causa rol 1041-2007 Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Como se reportó en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 23), el entonces relator de la ONU visitó Chile en junio de 2003, constatando ya en ese entonces, las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y dando cuenta de ellas en un informe que posteriormente presentó la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (hoy, Consejo de Derechos Humanos).

<sup>30</sup> “Informe de la misión internacional de observación de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche en Chile: el caso de la comunidad de Temu CuiCui”, pre-

en la comunidad de Temucucui es de larga data y su análisis excede el marco de este informe<sup>31</sup>. Al igual que otras comunidades mapuches (e indígenas, en general), los comuneros de Temucucui reclaman el despojo de sus tierras ancestrales por medio de variados mecanismos, desde el proceso de radicación hasta los remates de tierras indígenas y el rechazo de sus demandas tramitadas ante los juzgados de indios, a partir de los años treinta del siglo pasado. Los reclamos de esta comunidad se intensificaron a partir de 1999, registrándose numerosos episodios de abusos policiales entre ese año y el año 2003, fecha en que la empresa Forestal MININCO S.A. accedió a vender al Fondo de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena una superficie de aproximadamente mil novecientas hectáreas, las que fueron traspasadas en título comunitario a la comunidad de Temucucui<sup>32</sup>.

Sin embargo, el informe señala que:

“los excesos policiales en contra de comuneros de Temucucui, y el hostigamiento permanente de que fueron objeto por parte del Estado chileno y sus agentes continúan pese a que las tierras han sido devueltas”<sup>33</sup>.

El reporte da cuenta de numerosos hechos de violencia y hostigamiento producidos entre 2004 y fines de 2006, lo cual es coincidente con los hechos de violencia acontecidos en el año 2007, en que se registró un número importante de incidentes. La mayor cobertura que se dio a la situación en Temucucui estuvo ligada a las acusaciones a la comunidad por cuanto habría dado refugio a uno de los presuntos asaltantes de un banco en Santiago, en octubre de 2007<sup>34</sup>.

---

sentado el 13 de julio de 2007. En la misión participó el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, el CINORODH, el CEJIS, APN, el CELS, la FECH, Amnistía Internacional, y académicos de la Universidad de Chile y Universidad Central, en [www.idhc.org/esp/documents/Conflictos/Mapuche/DDHH/Informe\\_MI\\_violencia\\_C\\_mapuche.pdf](http://www.idhc.org/esp/documents/Conflictos/Mapuche/DDHH/Informe_MI_violencia_C_mapuche.pdf), visitada el 5 de agosto de 2008.

<sup>31</sup> Para un análisis detallado de los procesos de usurpación de tierras en comunidades mapuches, incluida la comunidad de Temucucui, véase Martín CORREA, Raúl MOLINA y Nancy YAÑEZ, *La reforma agraria y las tierras mapuche: 1962-1973*, Santiago, LOM Ediciones, 2005.

<sup>32</sup> “Informe de la misión internacional...” (n. 30), p. 11.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> La prensa, en especial el diario *La Tercera*, señaló en varias ocasiones que el ex lautarista, y prófugo de la justicia –presunto autor del robo del Banco Security–, Carlos Gutiérrez Quiduleo, estaba refugiado en la comunidad Temucucui, aunque no se comprobó que ello fuera efectivo. Véase, por ejemplo, “Personal del OS-9 encontró rastro de implica-

En septiembre de 2007, la comunidad de Temucucui dio a conocer un comunicado, donde acusaban a Carabineros de ingresar a la comunidad sin orden judicial, sustrayendo animales y enfrentándose con los comuneros, utilizando armas de fuego<sup>35</sup>.

Posteriormente, en enero de 2008, el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas comunicó el allanamiento que habría realizado Carabineros de Chile en comunidades mapuches emplazadas en el sector de Yeupeco, en la comuna de Vilcún (mismo lugar donde fue muerto Matías Catrileo). De acuerdo con la información entregada por la organización no gubernamental, Carabineros habría ingresado al hogar de Héctor Canio Quidel en reiteradas ocasiones, entre las nueve de la mañana y las ocho de la tarde, sin tener una orden escrita para ello,

“derribando puertas, quebrando vidrios, dando vuelta todos los objetos, incluyendo una cama en que se encontraba durmiendo un niño de 1 año de edad. En la ocasión... golpearon a su mujer Inés Tralcal Llanquino, derribándola de un punta-pié. Lo mismo sucedió a su madre, la anciana Francisca Quidel Painemil”<sup>36</sup>.

El comunicado da cuenta, también, de la situación vivida en la comunidad Juan de Dios Quidel Cordoba, en cuyo lugar Carabineros habría allanado el hogar de José Tralcal Coche, quien informó:

“que su vivienda fue allanada también por Carabineros, sin orden alguna, a las 9 am de ese día. Su mujer, María Lleuful, fue tomada con violencia por el brazo, recibiendo culatazos de fusil de por la espalda. Carabineros entró a la morada, en que dormían aún sus cuatro hijos, de 18 a 5 años de edad, y procedió a registrarla botando objetos sin respeto alguno. Los niños fueron tratados brutalmente, obligándoles a identificarse. Carabineros destrozó (*sic*) los cercos del campo, ingresando al lugar con tanquetas, destrozando los sembrados de subsistencia

---

do en muerte del cabo Moyano en la Araucanía”, *La Tercera*, 8 de abril de 2008, en [http://www.quepasa.cl/medio/articulo/0,0,3255\\_5666\\_310116107,00.html](http://www.quepasa.cl/medio/articulo/0,0,3255_5666_310116107,00.html).

<sup>35</sup> Comunidad de Temucucui, Comunicado público, 16 de septiembre del 2007 (en poder de los autores de este informe).

<sup>36</sup> “Allanamientos y Abusos Policiales en Comunidades Mapuche Aledañas a Predio en que Matías Catrileo fue Asesinado”, en *Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas*, Temuco, 5 de enero de 2008.

que tienen en ellos. Luego regresaron en cuatro oportunidades hasta las 8 PM. Sustrajeron además una mochila con ropa de los menores”<sup>37</sup>.

Finalmente, otros episodios de violencia y hostigamiento policial que han marcado la agenda ocurrieron en la comuna de Ercilla, en el marco de las celebraciones del aniversario del municipio y en momentos en que se realizaba un *show* al aire libre en la plaza pública de dicha ciudad<sup>38</sup>. De acuerdo con la misiva de la organización no gubernamental, el 2 de febrero de 2008, Juan Huenchullan Cayul fue detenido por Carabineros de las Fuerzas Especiales de la prefectura de Malleco, quienes habrían actuado sin realizar el control de identidad y sin mediar provocación alguna de parte de Juan Huenchullan. En dicha ocasión, fue golpeado e insultado por Carabineros, quienes lo identificaron como comunero de Temucucui. Al percatarse de lo ocurrido, se habría acercado gente que participaba en la celebración, así como algunos comuneros de Temucucui, quienes al reconocer que se trataba de un miembro de su comunidad, habrían intentado intervenir para impedir que siguiera siendo golpeado por los policías. Producto de los forcejeos y del intento de evitar la golpiza de Carabineros, miembros de la comunidad Coñomil Epuleo, Temucucui, así como un niño perteneciente a la comunidad Ankapi Ñancuhew habrían sido detenidos.

Según el relato, el comunero Mihael Carbone Queipul habría resultado con “un profundo corte en su cráneo a consecuencia de un culatazo que le propinó un carabiniere con su arma de servicio”<sup>39</sup>. De acuerdo con la información proporcionada por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas,

“a raíz de su herida, este concurrió hasta el consultorio de Ercilla a que le prestaran los primeros auxilios, terminando con varios puntos de sutura en su herida. En dicho consultorio el paramédico le recomendó que dejara constancia en la Tenencia de Carabineros producto de la gravedad de la lesión y posibles secuelas. Siguiendo dicha recomendación, se trasladó has-

---

<sup>37</sup> “Allanamientos y Abusos Policiales...” (n. 36).

<sup>38</sup> “Carta a Ministerio del Interior por sucesos de Ercilla”, *Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas*, 8 de febrero de 2008, en <http://www.alterinfos.org/spip.php?article2030>.

<sup>39</sup> *Ibid.*

ta la Tenencia de Carabineros, donde también fue detenido y nuevamente golpeado”<sup>40</sup>.

Casi simultáneamente, una vez en la celda de la comisaría de Collipulli,

“Juan Huenchullan fue rociado en la cara por un gas lacrimógeno spray, sin que se le prestara ningún tipo de ayuda por personal de carabineros, quienes se burlaban de los detenidos. En tanto, Jorge Huenchullan Cayul, Victor Calhueque Millanao, Henry Queipul Morales y Marcelo Villanueva Nahuel fueron amarrados a un poste entre un pasillo de la comisaría y otra dependencia, permaneciendo toda la noche en ese estado”<sup>41</sup>.

Al día siguiente, los detenidos habrían sido trasladados hasta el tribunal de garantía de Collipulli para la realización del control de detención. Allí, los detenidos habrían sido formalizados por desordenes públicos, iniciándose, además, un proceso en la justicia militar por el delito de atentado en contra de Carabineros, quedando sujetos a medidas cautelares<sup>42</sup>. El hecho de pasar a la justicia militar, como puede apreciarse en el capítulo sobre la materia en este mismo informe, abre otra serie de problemas desde el punto de vista de la vigencia y protección de los derechos humanos, de modo que la situación de las comunidades mapuches en conflicto con el Estado queda en una posición aún más delicada.

#### V. ACUERDO ENTRE CELCO Y PESCADORES ARTESANALES DE MEHUÍN

Cuando en octubre de 2004 se supo de la muerte de cisnes de cuello negro en el santuario de la naturaleza “Carlos Anwandter”, a causa de los desechos tóxicos de la planta de celulosa Arauco, muchos se preguntaron por qué CELCO había optado por descargar sus riles en el río Cruces y no directamente en el mar. Lo cierto es que ésa era la intención de la empresa en un primer momento, pero luego se descartó, principalmente porque el ducto saldría por un sector de

<sup>40</sup> “Carta a Ministerio del Interior...” (n. 38).

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

la caleta de pescadores lafquenche de Mehuín, quienes se opusieron tenazmente al proyecto de la empresa. Se trata de comunidades indígenas que ejercen la pesca artesanal y que, en la jerga de la nueva ley sobre espacio marino costero, acceden al borde costero y lo utilizan como parte de sus usos consuetudinarios<sup>43</sup>.

En mayo de 2005, después del desastre del río Cruces, volvió a rondar la posibilidad de que la empresa decidiera descargar sus riles en Mehuín. Los dirigentes fueron enfáticos en señalar su oposición dicha posibilidad. Así, por ejemplo, Marco Aguirre, tesorero del sindicato N°1 de pescadores artesanales de Mehuín declaraba a la prensa:

“estamos en conversaciones con nuestra gente y no permitiremos que pase el ducto. Tenemos el apoyo de nuestro alcalde, quien también ha dicho que no quiere que pase nada por acá. Aunque nos ofrezcan gimnasios o lo que sea. Si en menos de un año contaminaron el río Cruces, ¿qué pasaría si tiran sus residuos aquí en Mehuín?”<sup>44</sup>.

Dos años más tarde, sin embargo, en octubre de 2007, se informaba acerca de un acuerdo entre la empresa CELCO y un grupo de pescadores de Mehuín, en la Región de los Ríos<sup>45</sup>. Por medio de este acuerdo, firmado por la mayoría de los integrantes de tres sindicatos de pescadores artesanales y CELCO, la empresa comprometió casi nueve millones de dólares, entregando a cada pescador que suscribió el acuerdo la suma de tres millones de pesos. Este monto implicó, antes que todo, la autorización para realizar trabajos conducentes al estudio de impacto ambiental, dado que en años anteriores los pesca-

---

<sup>43</sup> La ley N° 20.249, que crea el espacio marino costero de los pueblos originarios, fue publicada en el *Diario Oficial* del 18 de febrero de 2008. En ella se crea dicho espacio marino con el fin de “resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero”. (art. 3°). La publicación de esta ley es uno de los hechos positivos más relevantes en materia de derechos de los pueblos indígenas de los últimos años.

<sup>44</sup> “Celco: Mehuín y Queule mantendrán oposición a emisario submarino”, en *El Mostrador*, 27 de mayo de 2005, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=160828](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=160828), visitada el 5 de enero de 2008.

<sup>45</sup> “Celco acordó con pescadores un bono para iniciar estudio sobre ducto al mar en Mehuín”, *Cooperativa.cl*, 18 de octubre de 2007, en [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20071018/pags/20071018141554.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20071018/pags/20071018141554.html), visitada el 18 de octubre de 2007; véase, también, “Celco asegura que 70% de pescadores de Mehuín ya firmó acuerdo”, en *El Mostrador*, 19 de octubre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=230423&estHomepage=NoticiaDiaGratis](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=230423&estHomepage=NoticiaDiaGratis). Visitada el 19 de octubre de 2007.

dores artesanales habían impedido, incluso por la fuerza, que la empresa tomara muestras en las cercanías de la caleta.

Desde que se suscribió el acuerdo entre CELCO y la agrupación de pescadores, se generaron tensiones entre los habitantes de las caletas de pescadores que han llegado a amenazas, retención de personas y ataques, tanto a personas como a lugares de reunión de los pescadores que se oponen a la construcción del ducto submarino (y que rehusaron firmar el acuerdo con CELCO). En la localidad se han producido enfrentamientos y hechos de violencia, que llevaron, incluso, a que, en abril de 2008, se presentara un recurso de amparo a favor de un grupo de pescadores de la caleta de Mehuín, por las amenazas y ataques de que habían sido objeto.

En efecto, la acción judicial presentada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia señala que:

“el día 02 de abril un grupo de cerca de 100 personas, movilizadas en embarcaciones, salió de la caleta de Mehuín en dirección a la caleta de Misisipi, una vez que arribaron al lugar, desembarcaron y procedieron y atacaron con piedras y elementos contundentes la sede donde se reúnen pescadores y mapuches que están en contra del proyecto de ducto de CELCO. La acción –que se encuentra registrada audio visualmente– da cuenta de la magnitud del ataque y que tuvo como resultado un cierto riesgo para la vida e integridad física de los opositores al ducto, así como daños estructurales en la sede social donde se reúnen. La acción fue totalmente planificada y premeditada ya que las embarcaciones no iban a la pesca pues su tripulación no portaba elementos necesarios para ésta, además cada embarcación contaba con un promedio de 10 personas en su interior.

Durante la acción se pudo observar el porte de elementos contundentes que nada tienen que ver con la pesca, como lo es un hacha. Producto del ataque, algunas mujeres debieron constatar lesiones por golpes de manos y piedras en el servicio de urgencia respectivo. En ese mismo contexto, y a una hora diferente, fueron retenidas a la fuerza un grupo de mujeres de la cocinería de la Agrupación Agro turística Lafkenche en la caleta de Mehuín, quienes permanecieron por más de 5 horas encerradas a la fuerza, tiempo durante el cual recibieron reiteradas amenazas de muerte contra ellas y sus grupos familiares<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Recurso de amparo presentado ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, por Claudia Ingles Hueche y José Aylwin Oyarzún, pp. 4-5 (en poder de los autores del informe).



El acuerdo entre CELCO y los pescadores llama la atención, en primer lugar, porque replica experiencias pasadas en materia de Derecho Indígena –como es el acuerdo al que llegó ENDESA con Berta y Nicolasa Quintremán, en 2002, en el marco del llamado “conflicto de Ralco”– en que, tras años de negociaciones, finalmente un acuerdo económico puso fin a la resistencia de las hermanas Quintramán. Llama la atención, además, por la falta de posición adoptada por el gobierno, el que señaló, por medio del intendente de la Región de los Lagos, que dicho acuerdo no era más que un “acuerdo entre privados”, por lo que a éste no le correspondía intervenir<sup>47</sup>.

*La actitud distante del gobierno de Chile en estas materias es problemática.* En primer lugar, porque se trata de un acuerdo que incide directamente en un prolongado conflicto en el que el gobierno sí ha intervenido –en enero de 2005, la Comisión Regional del Medio Ambiente ordenó el cierre de la planta y lo propio hizo, en abril de ese año, la Corte de Apelaciones de Valdivia. En segundo lugar, porque involucra la afectación del patrimonio cultural y económico de comunidades indígenas que el gobierno está obligado internacionalmente a preservar. Al respecto, debe tenerse especialmente en consideración el informe especial del ex relator especial de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, quien en el año 2003 analizó específicamente los problemas derivados de grandes proyectos de inversión asentados en comunidades indígenas. En su informe –que, entre otros casos, analiza el de la represa Ralco en Chile– señala que

“[s]e debe dar la máxima prioridad a los derechos humanos de los pueblos y las comunidades indígenas cuando se emprenden proyectos de desarrollo en las zonas indígenas. Los gobiernos deberían considerar los derechos humanos de los pueblos indígenas como un factor clave al examinar los objetivos, costos y beneficios de cualquier proyecto de desarrollo en dichas áreas, en particular cuando se trata de grandes inversiones privadas o públicas. Los efectos económicos, sociales y culturales a largo plazo de los grandes proyectos de desarrollo en los medios de

---

<sup>47</sup> El intendente Iván Flores señaló a la prensa: “Si [el acuerdo] ocurrió es un acuerdo entre privados, donde el Gobierno no va a intervenir”. Véase “Celco acordó con pescadores un bono para iniciar estudio sobre ducto al mar en Mehuín”, *Cooperativa.cl*, 18 de octubre de 2007, en [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20071018/pags/20071018141554.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20071018/pags/20071018141554.html). Visitada el 18 de octubre de 2007.

subsistencia, la identidad, la organización social y el bienestar de las comunidades indígenas deberán incluirse en la evaluación de sus resultados previstos y se deberán seguir de cerca de manera regular. Entre esos efectos figurarán las condiciones sanitarias y alimenticias, las migraciones y el reasentamiento, la mutación de las actividades económicas, el nivel de vida, así como las transformaciones culturales y las condiciones psicosociales, y se prestará especial atención a las mujeres y los niños”<sup>48</sup>.

Tal como el informe del ex relator lo señala, existen países, como Canadá o Nueva Zelanda, que llevan a cabo procesos genuinos de consulta y participación de los pueblos indígenas cuando privados o el Estado pretenden desarrollar proyectos de inversión. Pareciera que la lógica que domina el debate actual en Chile es uno de suma cero: o se lleva adelante el proyecto o se respeta los derechos de las comunidades indígenas. El gobierno, los privados y las comunidades debieran mirar la experiencia comparada que ha demostrado ser efectiva en a lo menos mitigar los impactos sobre las comunidades indígenas, todo ello en atención a lo dispuesto en los instrumentos internacionales.

#### VI. DEMANDAS INDÍGENAS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN CONTRA DEL ESTADO DE CHILE

Algunos casos que involucran a pueblos indígenas han llegado hasta el sistema interamericano de derechos humanos, compuesto de dos órganos especializados –la CIDH y la Corte IDH. El primero de ellos recibe denuncias por violaciones a la CADH cometidas por los Estados miembros de la OEA, y, tras declarar las denuncias admisibles y luego pronunciarse sobre el fondo de ellas –si estima que hay mérito suficiente–, las deriva a la Corte IDH, órgano que tiene la facultad de condenar a un Estado, precisamente, por dichas violaciones<sup>49</sup>. La

---

<sup>48</sup> Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión de Derechos Humanos, “Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas”, 21 de enero de 2003, E/CN.4/2003/90, p. 2, en <http://www.mapuche.info/mapuint/onu031117.pdf>, visitada el 10 de abril de 2008..

<sup>49</sup> Además de recibir y tramitar las denuncias, la CIDH puede instar a las partes a adoptar procedimientos de solución amistosa, a fin de evitar un pronunciamiento sobre el fondo y, en particular, que el caso llegue a la Corte IDH. Como se verá a continuación, los

CIDH, además, ejerce otras atribuciones, como realizar visitas a países para observar la situación de derechos humanos o, bien, recibir a víctimas o defensores de derechos humanos, quienes pueden informarle sobre situaciones que representen violaciones a los derechos consagrados en la CADH, de la cual Chile es signatario.

En este contexto, en marzo de 2008, la CIDH dedicó una *audiencia especial para conocer la situación de los defensores de derechos humanos del pueblo mapuche*, quienes relataron situaciones de hostigamiento y violencia policial ocurridas en la Región de la Araucanía. En la sesión, que da cuenta del interés y preocupación de los órganos interamericanos por la situación de derechos humanos en Chile y, en especial, la de los pueblos indígenas, estuvieron presentes, además de los solicitantes, representantes del Estado de Chile, quienes debieron responder las preguntas que miembros de la CIDH hicieron sobre investigaciones criminales y administrativas por violencia policial, así como, más generalmente, sobre la postura del gobierno chileno frente a las demandas de los pueblos indígenas. La CIDH hizo notar su interés para que el relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas sea invitado a Chile a fin de interiorizarse de la situación denunciada.

A continuación, se revisan casos que han llegado hasta la CIDH en el período que cubre este informe. Para dar una mirada más comprehensiva de su intervención en los conflictos con comunidades indígenas, se da cuenta brevemente de algunos casos emblemáticos que anteriormente se han tramitado ante dicha instancia internacional.

#### *a) Caso de Aucán Huilcamán y otros*

En 1996, el dirigente mapuche Aucán Huilcamán y otros nueve integrantes de la organización mapuche *Aukiñ Wallmapu Ngulam* (Consejo de Todas las Tierras) presentaron una denuncia ante la CIDH por la violación de derechos “en perjuicio de más de un centenar de personas pertenecientes a la mencionada etnia indígena”<sup>50</sup>. Como respuesta a diversos actos de protesta organizados por el Consejo de Todas las Tierras en 1992, con motivo del quinto centenario de la lle-

---

casos que se narran están precisamente en fase de solución amistosa, no obstante, las perspectivas de éxito de la negociación son poco claras. La CIDH también puede, en casos de riesgos inminentes de violación a alguno de los derechos asegurados por la Convención Americana, decretar “medidas cautelares”, las que obligan al Estado a informar acerca de una situación particular en plazos breves y urgentes.

<sup>50</sup> CIDH, Informe N° 9/02, Admisibilidad, Petición 11.856, Aucan Huilcamán y otros (Chile), 27 de febrero de 2002, párrafo 1, en poder de los autores de este informe.

gada de los españoles a Chile, el Poder Judicial chileno nombró un ministro en visita que determinó que la organización se había convertido en asociación delictiva. Los tribunales condenaron a ciento cuarenta y una personas mapuches en un proceso en el que, según argumentan, hubo diversas irregularidades procesales,

“como el caso de dos mapuches que fueron condenados por usurpación sin haber sido acusados de tal delito, y el de otro integrante de dicha etnia que fue condenado en la sentencia de segunda instancia, a pesar de que no estaba procesado ni se lo menciona en la sentencia de primera instancia. Otras personas fueron procesadas pero no aparecen sus nombres en la sentencia condenatoria, con lo cual su situación quedó indefinida”<sup>51</sup>.

En octubre de 1998, las partes acordaron iniciar un proceso de solución amistosa. En mayo de 2001, el Estado presentó una propuesta de solución amistosa, la que fue rechazada por los peticionarios, en octubre del mismo año, por considerarla “insuficiente e inaceptable”<sup>52</sup>. Así, la CIDH siguió con el trámite de la petición y, en febrero de 2002, la declaró admisible. Cabe destacar que amplió *motu proprio* el alcance de la petición, al señalar que:

“[a]un cuando no han sido invocados por los peticionarios, y en aplicación del principio *iuria novit curia*, la Comisión Interamericana considera además que los hechos descritos podrían constituir violaciones de los derechos a la indemnización por error judicial y a la protección judicial”<sup>53</sup>.

#### b) Caso de las hermanas Quintremán

En 2002, la CIDH recibió una denuncia en la cual se alegaba la violación por parte del Estado de Chile de diversos derechos protegidos por la Convención Americana en perjuicio de Mercedes Julia Huenteao Beroiza, Rosario Huenteao Beroiza, Nicolasa Quintremán Calpan, Berta Quintremán Calpan y Aurelia Marihuan Mora –todos miembros del pueblo mapuche pehuenche del sector Alto del Biobío–, con motivo del desarrollo del Proyecto Central Hidroeléct-

<sup>51</sup> CIDH (n. 50), párrafo 3.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, párrafo 16.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, párrafo 34.

trica Ralco, llevado adelante por la ENDESA, situada donde vivían los denunciantes<sup>54</sup>. Tras realizar el estudio de impacto ambiental del proyecto, la CONAMA aprobó la realización de la central hidroeléctrica, señalando, al mismo tiempo, que, por aplicación de la ley indígena (N° 19.253), la relocalización de población indígena sólo podría llevarse a cabo con el consentimiento y la voluntad de los afectados. En consecuencia, sólo podría permutarse la propiedad indígena afectada por otro predio que satisficiera al indígena afectado, procediendo a desafectarse la propiedad original de su calidad de tierra indígena y afectar la nueva entregada en permuta.

La construcción de la represa comenzó en 1993, a pesar del rechazo en ese tiempo de la totalidad de los mapuches pehuenches que habitaban en la zona. Luego, el 10 de marzo de 2000, el presidente de Chile dictó un decreto de concesión eléctrica definitiva a la empresa ENDESA, de conformidad con la ley eléctrica, lo cual por ministerio de la ley otorga una servidumbre de inundación en beneficio de la empresa. Los peticionarios consideraron que este decreto violaba directamente la ley indígena y por ello presentaron un recurso de protección, el que fue rechazado por cuestiones formales por la Corte de Apelaciones de Santiago, aun cuando afirmó que la aplicación de la ley eléctrica no eximía la aplicación de la ley indígena. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Chile. En julio de 2003, la empresa ENDESA procedió a la consignación judicial de los montos correspondientes a las indemnizaciones fijadas por la “Comisión de Hombres Buenos” (designadas para efectuar un avalúo de las tierras) y solicitó al tribunal la toma de posesión de los terrenos.

Ante la CIDH, las partes expresaron formalmente su intención de buscar una solución amistosa en este caso en febrero de 2003, la cual incluiría un pliego extenso de medidas que involucraban un curso de acción transversal en materia de derechos indígenas y que abarcaban aspectos como reconocimiento constitucional, aprobación del convenio 169 OIT, fortalecimiento del desarrollo económico del sector del Alto Bío Bío y, en particular, de sus comunidades indígenas, la adopción de mecanismos que aseguraran la participación de las comunidades indígenas en la administración de la reserva forestal Ralco, entre otras<sup>55</sup>.

Sin embargo, y tal como se documentó en el *Informe anual... 2004...*, en julio de 2003, las peticionarias comunicaron a la CIDH

---

<sup>54</sup> CIDH, Informe N° 30/04 Petición 4617/02, Solución Amistosa, Mercedes Julia Huentao Beroiza y otras, 11 de marzo de 2004, p. 1, en poder de los autores de este informe.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, pp. 4-17.

que el Estado no estaba cumpliendo con parte del acuerdo, lo que precipitó un acuerdo entre la empresa, el Ejecutivo y las peticionarias, en cuya virtud ENDESA se comprometía a entregar grandes cantidades de dinero, así como tierras a la CONADI y las peticionarias aceptaban dejar sin efecto las acciones judiciales intentadas en contra de la construcción de la represa<sup>56</sup>.

No obstante el consenso respecto del pliego de medidas entre los denunciantes y el Estado de Chile, en la práctica, se ha dado cumplimiento parcial al acuerdo, tal como lo señala la propia CIDH, en su monitoreo del caso<sup>57</sup>. En efecto, como ya se señalara precedentemente, los pueblos indígenas en Chile no gozan de reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y la ratificación del convenio 169 OIT sólo se ha logrado recientemente y, como se ha explicado en este capítulo, con una declaración interpretativa que busca restringir el ámbito de aplicación del convenio y de las normas a favor de los derechos de los pueblos indígenas. En cuanto al fortalecimiento del desarrollo económico en comunidades indígenas del sector del Alto Biobío, la CIDH sólo ha podido constatar la “distribución por sorteo lotes correspondientes a 1.200 hectáreas del Fundo Porvenir, y que siguen las gestiones de entrega de los títulos respectivos”<sup>58</sup>, cuestión que no se encuentra vinculada a ningún proceso de capacitación para la explotación de las tierras ni de otorgamiento de recursos financieros para dicha explotación. Finalmente, en lo atinente al establecimiento de mecanismos que aseguren la participación de comunidades indígenas en la administración de la reserva forestal Ralco, los peticionarios consideran cumplido este punto del acuerdo<sup>59</sup>.

### *c) Persecución criminal bajo la ley antiterrorista*

Uno de los aspectos que ha concitado mayor atención en el sistema interamericano sobre el Estado de Chile ha sido la utilización de la ley antiterrorista (ley N° 18.314) como respuesta a los hechos de violencia en los que se han visto involucrados dirigentes y activistas que protestan por las reivindicaciones del pueblo mapuche.

---

<sup>56</sup> CENTRO DE DERECHO HUMANOS (n. 23), pp 248-249.

<sup>57</sup> CIDH (n. 54); CIDH, Informe anual 2007, capítulo III.D, “Estado del cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH”, párrafo 202, en <http://www.cidh.org/annual-rep/2007/sp/cap3d.3sp.htm>, visitada el 10 de abril de 2008.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

### 1. Caso de los lonkos Norín y Pichún

En agosto de 2003, la CIDH recibió la denuncia presentada por Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao, en contra del Estado de Chile, por violación de diversos derechos asegurados por la Convención Americana, en el marco de proceso penal seguido en su contra, en el cual se les condenó como autores del delito de amenaza terrorista en perjuicio del administrador y los dueños del fundo Nancahue. Cabe recordar que se trató de un segundo juicio, tras la anulación de la sentencia absolutoria por parte de la Corte Suprema de Chile. Al seguirse el proceso en su contra, bajo el estatuto antiterrorista, se establece una penalidad mayor que para los delitos comunes, junto con acarrear una serie de restricciones a derechos políticos, a la libertad personal y la autorización de plazos de detención más largos, el secreto de la investigación hasta por seis meses, la interceptación de comunicaciones telefónicas, entre otras limitaciones al derecho al debido proceso<sup>60</sup>. Todas estas vulneraciones se verificaron justamente en los juicios en contra de Aniceto Norín y Pascual Pichón<sup>61</sup>.

En octubre de 2006, la CIDH declaró la admisibilidad de la denuncia. En sus palabras:

“la CIDH estima que los alegatos de los peticionarios relativas al régimen penal especial aplicado a las presuntas víctimas, la definición de la conducta antijurídica o tipo penal utilizado, la

<sup>60</sup> CIDH, Informe N° 89/06 Petición 619/03, Admisibilidad Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao, 21 de octubre de 2006, pp.1-7, en poder de los autores de este informe.

<sup>61</sup> Los peticionarios expresaron que durante el proceso la investigación habrían sido seguidos en secreto por seis meses, lo cual sólo es permitido bajo el imperio de la ley sobre conductas terroristas, ya que en la legislación común el plazo máximo que puede durar la fase de investigación secreta es de sesenta días. En el primer juicio, el Ministerio Público y los querellantes particulares ofrecieron rendir prueba para acreditar los cargos, consistente en sesenta y siete testigos, trece peritos y prueba documental. En la etapa oral, dos testigos presentados por la fiscalía y los querellantes declararon detrás de un biombo, escondidos, sin que la defensa pudiera saber la identidad de los interrogados, con lo que se vulneró su derecho al debido proceso. Los peticionarios agregaban que la sentencia condenatoria fue pronunciada por un tribunal incompetente, pues al tiempo de la comisión del ilícito se encontraba vigente la reforma procesal en el lugar del juicio, pero no ley adecuatoria, que le otorgaba competencia al tribunal oral. La ley adecuatoria fue dictada en 2002, pero los hechos ocurrieron en 2001, por lo que los peticionarios alegan que se violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana debido a que los señores Norín y Pichún fueron condenados por el delito de amenazas terroristas, que no estaría contemplado en la legislación antiterrorista.

determinación del juez competente y el derecho a defensa, podrían llegar a caracterizar *prima facie* una violación de los derechos garantizados en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana [garantías judiciales], en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequero 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 Americana [igualdad ante la ley], en concordancia también con el artículo 1.1 del mismo instrumento”<sup>62</sup>.

Instó a las partes a buscar la posibilidad de llegar a un acuerdo de solución amistosa, cuestión que se mantiene pendiente al momento de cierre de este informe (junio de 2008). En marzo de 2008, celebró reuniones con las partes involucradas en este caso y el que se narra a continuación, con lo cual dejaremos para el final un comentario sobre las posibilidades de la solución amistosa en los casos de líderes mapuches actualmente encarcelados por delitos terroristas.

## 2. Caso Poluco Pidenco

En abril de 2007 fue declarada admisible por la CIDH una denuncia presentada dos años antes por Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, Patricia Roxana Troncoso Robles, José Huenchunao Mariñan y Juan Ciriaco Millacheo Lican, en contra del Estado de Chile por violación de el derecho al debido proceso y a la igualdad ante la ley garantizados por la Convención Americana. La denuncia se basa en el juicio criminal seguido en contra de los peticionarios, el que resultó en la condena en su contra como autores del delito de incendio terrorista, siendo sancionados a la pena de diez años y un día<sup>63</sup>. Los peticionarios argumentan que se les privó del derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa desde el momento en que la prueba testimonial presentada por el Ministerio Público en su contra durante la investigación difirió sustancialmente de la prueba presentada en el juicio oral. Por otra parte, los

---

<sup>62</sup> CIDH (n. 60), párrafo 65.

<sup>63</sup> CIDH, Informe N° 32/07, Petición 429-05, Admisibilidad, Juan Patricio Marileo Saravia y otros (Chile), 23 de abril de 2007, en poder de los autores de este informe.



denunciantes señalan que la sentencia dictada incurre constantemente en infracción a este derecho, al hacerlos responsables por hechos ejecutados por personas distintas. A su turno, alegan la utilización de testigos remunerados por la sola circunstancia de que los imputados eran indígenas mapuches, haciendo un mal uso de la ley antiterrorista y de diversas medidas de protección a favor de los testigos, que en los hechos permitió a la fiscalía obtener declaraciones en su contra.

Éste es el caso que motivó uno de los hechos más notorios en el año en cuanto a pueblos indígenas: la prolongada huelga de hambre que mantuvo Patricia Troncoso por más de cien días, ante la actitud poco activa del gobierno, en protesta por el juicio que, según ella, la condenó injustamente como autora de los delitos mencionados precedentemente. La activista sólo depuso la huelga tras la intermediación de autoridades de la Iglesia Católica, en circunstancias que el gobierno mantenía una actitud silente, señalando persistentemente que había una sentencia judicial de por medio y a que éste no le cabía hacer nada al respecto. Finalmente, el gobierno accedió a trasladarla a un centro penitenciario donde ella pudiera trabajar –cual era una de las demandas de la activista. La medida fue criticada por líderes de la oposición, quienes manifestaron su rechazo a que por medio de presiones ilegítimas se reclamara en contra de fallos judiciales firmes.

Al igual que en el caso de los *lonkos*, tras declarar la denuncia admisible, la CIDH también propuso la instalación de una mesa de negociación con el objetivo de intentar un acuerdo de solución amistosa. En marzo de 2008, la CIDH celebró una sesión especial, a puertas cerradas, para tratar este caso y el de los *lonkos*. Asistieron los representantes de los peticionarios, así como representantes del gobierno de Chile. Según uno de los abogados presentes en la sesión, las perspectivas de la solución amistosa no son claras, toda vez que uno de los puntos centrales para los peticionarios: lograr la libertad de los presos mapuches, podría no ser aceptado por el gobierno. Para Jaime Madariaga, “en la medida que avanza el tiempo y las víctimas cumplen condena, se va a acabando el tiempo para la negociación”<sup>64</sup>. En el informe del próximo año, se dará seguimiento a estos casos para determinar la voluntad real de las partes para llegar a un acuerdo que, a junio de 2008, se ve complejo.

---

<sup>64</sup> Comunicación personal con Jaime Madariaga de la Barra, abogado representante de los peticionarios en la petición 619-03, 3 de junio de 2008.

### 3. Caso del *werkén* Víctor Ancalaf

En mayo de 2007, la CIDH declaró admisible la denuncia presentada por sesenta y nueve dirigentes del pueblo mapuche y los abogados Ariel León Bacian, de ascendencia aymara, Sergio Fuenzalida Bascuñán, del Centro de Estudios Jurídicos Sociales y Documentación Indígena y José Alywin Oyarzún, co-director del Observatorio de Derecho de los Pueblos Indígenas, en representación de Víctor Manuel Ancalaf Llaupe y en contra del Estado de Chile, en razón del juicio criminal seguido en su contra, en virtud del cual fue condenado como autor de delito terrorista, contemplado en la ley N° 18.314 (art. 2 N° 4), a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

La denuncia se origina en la condena dictada por los incendios de camiones que trabajaban para la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco, hechos ocurridos en 2001 y 2002. Al igual como ha sido la tónica en casos similares, la manera como el gobierno abordó esta situación fue por medio de la utilización de la herramienta criminal más severa que existe en el sistema legal chileno: la ley antiterrorista. La denuncia ante la CIDH sostiene que dicho estatuto legal, utilizado en numerosos casos en contra de líderes mapuches y activistas, vulnera derechos establecidos en la CADH. En particular, se argumenta que la legislación antiterrorista viola el principio de proporcionalidad toda vez que sanciona con las penas más altas existentes en la legislación chilena conductas que *puedan poner* en afectación ciertos bienes jurídicos<sup>65</sup>. Asimismo, la denuncia señala la afectación al

“derecho de legalidad y presunción de inocencia consagrado en los artículos 8 y 9 de la Convención, en la medida en que la sentencia condenatoria fue dictada apoyándose en una prueba insuficiente y apreciando los medios de prueba reunidos en el procedimiento criminal seguido contra el señor Víctor Ancalaf”<sup>66</sup>.

Los denunciantes alegan, además, como violación el haber dictado sentencia

---

<sup>65</sup> La denuncia critica que el artículo 1° de la ley N° 18.314, de 17 de mayo de 1984, incluye dentro de las conductas calificadas como terroristas el “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o *puedan afectar* la integridad física de personas o causar daños”.

<sup>66</sup> CIDH, Informe N° 33/07, Petición 581-05, Admisibilidad, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe (Chile), 2 de mayo de 2007, párrafo 16, en poder de los autores de este informe.

“de acuerdo al sistema de apreciación de la sana crítica en circunstancias que la ley aplicable al caso exigía apreciar la prueba de acuerdo al sistema de prueba legal mas estricto”<sup>67</sup>.

Por su parte, el Estado de Chile argumentó que la petición era inadmisibles toda vez que ésta habría sido presentada en forma extemporánea y porque no exponía hechos constitutivos de una violación a la Convención Americana. Según el Estado, de la denuncia presentada se colige que los sesenta y nueve dirigentes mapuches que suscriben la denuncia lo hacen “en razón de la aplicación reiterada de la legislación antiterrorista, en contra de personas mapuche, lo que configura una situación de amenaza que los afecta a todos”<sup>68</sup>. En este sentido, indicó el Estado, “no es suficiente para que la Comisión Interamericana tenga competencia en una queja o reclamo, que se tema por posibles o probables amenazas debido a una determinada situación”.

En mayo de 2007, la CIDH declaró admisible la denuncia. Estimó que:

“que los alegatos de los peticionarios relativas (*sic*) al régimen penal especial aplicado a la presunta víctima y la definición de la conducta antijurídica o tipo penal utilizado podrían llegar a caracterizar *prima facie* una violación [...] de la Convención Americana –agregando que– en virtud de los alegatos de los peticionarios relativos a la aplicación a la presunta víctima 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 Americana, en concordancia también con el artículo 1.1 del mismo instrumento”<sup>69</sup>.

La argumentación de la CIDH, si bien es sobre la admisibilidad, y no sobre el fondo del caso, avanza en un punto importante: la utilización de la ley antiterrorista para hacer frente a los hechos de violencia emanados del conflicto que mantienen ciertas comunidades mapuches con el Estado chileno. Advierte que el hecho que esta ley sólo sea aplicada en casos en los que están involucradas personas de

<sup>67</sup> CIDH (n. 66), párrafo 16.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, párrafo 26.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, párrafo 50.

ascendencia mapuche *genera una sospecha* en cuanto al compromiso por la igualdad, en este caso racial, del Estado chileno. En los informes posteriores se dará seguimiento al trámite que siga este caso ante el sistema interamericano de derechos humanos.

#### *4: Caso de Elena Varela y otros documentalistas extranjeros*

Al comienzo de esta sección se daba cuenta de la audiencia temática que tuvo lugar en la sede de la CIDH, en la ciudad de Washington, sobre la situación de defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas. Después que la audiencia tuvo lugar, se produjeron una serie de hechos de hostigamiento en contra de documentalistas nacionales y extranjeros que, separadamente, realizaban trabajos sobre las reivindicaciones de comunidades mapuches. El caso más emblemático, por el despliegue policial y la gravedad de las acusaciones, es el de Elena Varela, documentalista chilena que fue detenida bajo acusaciones de asociación ilícita y de ser la organizadora de dos asaltos cometidos hace varios años.

En julio de 2008, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales –en representación de la Asociación de Documentalistas de Chile, Amnistía Internacional, Plataforma Audiovisual de Chile, la Asociación de Artistas Contemporáneos y un conjunto de destacados artistas–, interpuso una solicitud de *medidas cautelares* ante la CIDH a favor de Elena Varela, por violación de su derecho a la libertad de expresión y libertad artística. La documentalista fue arrestada, junto a su equipo de trabajo, en un operativo policial de grandes proporciones que la llevó desde su residencia, en Lican Ray (IX Región), a Panguipulli (X Región), Temuco (IX Región), para, finalmente, comparecer ante la justicia penal en Rancagua (VI Región) y quedar en prisión preventiva acusada de ser “autora del delito de asociación ilícita para delinquir y de participar en el robo de una institución previsional en el año 2005 y de ayudar al robo de un banco en el año 2004”<sup>70</sup>. Al momento de ser detenida, se encontraba realizando un documental sobre las reivindicaciones de tierra del pueblo mapuche, asimismo como un documental sobre la persecución política de la dictadura militar y la organización de grupos armados en la localidad de Neltume, en el sur de Chile. Todo el material audiovisual fue requisado por las autoridades.

---

<sup>70</sup> Solicitud de medidas cautelares, presentada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ante la CIDH, 2 de julio de 2008, p. 6, en [http://www.udp.cl/comunicados/0708/01/medida\\_cautelar\\_documentalista.pdf](http://www.udp.cl/comunicados/0708/01/medida_cautelar_documentalista.pdf) Visitada el 20 de julio de 2008.

Al momento de cerrar este informe (fines de julio de 2008) Elena Varela seguía en prisión preventiva en la cárcel de Rancagua y su material audiovisual permanecía aún en manos de las autoridades, sin que se conociera de manera cierta la evidencia con la cual el Ministerio Público construiría la grave acusación en su contra. Para muchos, sin embargo, la verdadera causa para perseguirla penalmente radicaba en su vinculación con la causa mapuche.

Y es que, tal como da cuenta la solicitud de medidas cautelares, junto con el caso de Elena Varela, son varias las situaciones en que documentalistas o periodistas que siguen el denominado “conflicto mapuche” se han visto amedrentados o derechamente hostigados por autoridades policiales. Así, en marzo de 2008, dos periodistas franceses fueron detenidos en la localidad de Collipulli, mientras filmaban al werkén de la comunidad de Temucuicui, Jorge Huenchullan. Los profesionales habrían sido mantenidos por cerca de diez horas privados de libertad, su material audiovisual requisado por la Policía de Investigaciones, acusados de haber provocado el incendio que grababan y de pertenecer al grupo terrorista ETA. El cónsul de Francia evitó su expulsión, pero, luego de ser agredidos por un grupo desconocido de personas que portaban cuchillos y linchacos, decidieron huir del país.

Similar situación aconteció con

“dos documentalistas italianos, quienes en momentos en que hacían un registro audiovisual de una movilización mapuche en un predio históricamente reivindicado por la Comunidad Chupilko, perteneciente hoy a la Empresa Forestal Mininco [...] fueron detenidos e imputados del delito de usurpación de tierras, solicitando la Intendente de la IX región su expulsión del país invocando el artículo 26 de las Normas de Extranjería. Pese a recurrir por diversas vías legales la entonces intendenta de la Araucanía, Gloria Barrientos, los expulsó”<sup>71</sup>.

Estos hechos se suman a la situación vivida por el comunicador chileno, Dauno Tótoro, quien, en medio de un trabajo audiovisual,

“fue interceptado luego de efectuar una entrevista a una señora mapuche en Ercilla [por] dos camionetas sin patentes, con carabineros uniformados y agentes de civil que no se identificaron, [quienes] lo detuvieron y le exigieron saber a quién había

---

<sup>71</sup> Solicitud de medidas cautelares.. (n. 70), p. 3.

entrevistado. Quisieron confiscar su material de cámara, pero éste lo evitó mostrando su registro de corresponsal extranjero autorizado por el Ministerio del Interior”<sup>72</sup>.

Estos casos dan cuenta de un *preocupante patrón de conducta por parte del Estado chileno*: el mensaje que se envía es que las personas que están interesadas en investigar e informar sobre los problemas que viven comunidades mapuches en conflicto con el Estado son sospechosas por el solo hecho de desarrollar su trabajo. Más aún, ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos se está consolidando una tendencia, en la que llegan casos que dan cuenta de la frágil posición en la que se encuentran comunicadores y defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas. En un contexto en que Chile pretende establecerse como referente internacional en la protección y promoción de los derechos de las personas, esta tendencia debe revertirse. En caso contrario, el discurso ante la comunidad internacional perderá legitimidad y Chile, en lugar de ilustrar el camino de la protección de los derechos humanos, deberá dar más respuestas ante los demás países por la situación que viven miembros y activistas de las demandas del pueblo mapuche.

---

<sup>72</sup> Solicitud de medidas cautelares.. (n. 70), p. 3.

# JUSTICIA MILITAR EN CHILE Y DERECHOS HUMANOS

---

## ABSTRACT

Idealmente, la justicia militar debiera ser suprimida, puesto que afecta el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal imparcial. En caso de mantenerse esta jurisdicción especial, debiera reformarse integralmente el sistema de administración de justicia penal militar, para ponerlo a tono con

- i) la evolución y desarrollo que han experimentado desde la dictación del *CJM* chileno (1925) a la fecha, el derecho internacional de los derechos humanos y la propia concepción y exigencias de la democracia y del estado de derecho;
- ii) el desarrollo de las garantías penales sustantivas y procesales penales, de aplicación universal, en caso de cualquier imputación penal, incluidas las relativas a los delitos militares y
- iii) con el progreso histórico del propio Derecho Penal Militar, que se ha traducido en la promulgación, durante la segunda mitad del siglo XX, de nuevos códigos de justicia militar en muchos países.

Este capítulo revisa las principales violaciones al derecho al debido proceso por parte de la legislación militar y su aplicación a civiles. En particular, se presta atención a la forma en que el Estado de Chile, a pesar de haber sido condenado hace casi cuatro años por la Corte IDH, aún sigue aplicando un sistema de justicia militar plenamente incompatible con las exigencias básicas de la CADH. Se revisa, finalmente, el modo en que la iniciativa legal presentada por el Ejecutivo, para dar cumplimiento a este fallo, resulta también insuficiente a la luz de los estándares fundamentales de derechos humanos.

**PALABRAS CLAVE:** jurisdicción militar, parcialidad, dependencia, subordinación, juzgamiento de civiles, violencia innecesaria, reforma legal.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas pendientes en relación con la modernización de la administración de justicia en Chile es el de la justicia militar. Su Chile data de 1925 y no ha sido objeto de reformas estructurales. Lo anterior ha comprometido la adecuación de la legislación chilena a los estándares internacionales de derechos humanos, como le ha sido representado a nuestro país en reiteradas oportunidades por los órganos de protección. Un ejemplo de esto es la recomendación presentada por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, el cual en sus conclusiones y recomendaciones para el Estado de Chile en 1995 indicó:

“El Comité advierte con preocupación la existencia de un número considerable de denuncias de torturas y malos tratos por parte de distintas fuerzas de seguridad, especialmente Carabineros y la Policía de Investigaciones, que no han tenido una respuesta eficaz a través del necesario enjuiciamiento de los autores de tales hechos.

El Comité piensa también que algunos aspectos de la legislación vigente, como las reglas del sistema de enjuiciamiento penal o el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar, no contribuyen a la evitación de la tortura<sup>1</sup>.

Lo cierto es que el Estado chileno, desde la recuperación de la democracia, en marzo de 1990, ha hecho, en verdad, muy poco para adecuar la jurisdicción penal militar a los estándares internacionales sobre derechos humanos. Aparte de la sustitución de la pena de muerte por el presidio perpetuo en numerosos casos (lo que por cierto es digno de elogio), y de la inamovilidad por tres años para los miembros militares de las cortes marciales, la modificación más importante fue introducida por la ley N° 19.047 (una de las llamadas Leyes Cumplido), que excluyó del conocimiento de los tribunales militares

- i) los delitos terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o de Carabineros y
- ii) los delitos de amenazas, ofensas o injurias a las Fuerzas Armadas o a Carabineros, o a sus unidades, reparticiones o miembros, cuando estos delitos fueren cometidos por civiles.

---

<sup>1</sup> COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LAS NACIONES UNIDAS, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile. 26/07/9, A/50/44, paras.52-61, en [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.50.44.para.52-61sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.50.44.para.52-61sp?Opendocument)



Se evidencia, así, que, entre otras falencias que presenta el sistema de administración de justicia militar, la estructura del procedimiento penal y la vigencia del debido proceso han estado fuera de la discusión por parte de las autoridades.

Ante esta situación la Corte IDH, en sentencia de 22 de noviembre de 2005 –recaída en el caso Palamara Iribarne *vs.* Chile–, dispuso que:

“El Estado (chileno) debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en el caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo”<sup>2</sup>.

Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia (XIII, Puntos resolutivos, 14). En el párrafo 257 citado se establece que:

“en el ámbito de la jurisdicción penal militar, los miembros de los tribunales deben revestir las garantías de competencia, imparcialidad e independencia indicadas en los párrafos 120 a 161 de la presente Sentencia. Asimismo, el Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares, tal como se ha señalado en los párrafos 162 a 189 de este fallo”<sup>3</sup>.

La jurisdicción militar vigente en Chile, de acuerdo con el *CJM*, cuya última reforma fue llevada a cabo en el año 2005, establece un ámbito de competencia de dicho fuero atentatorio contra los derechos fundamentales, como se señaló previamente. Se extiende a los delitos comunes que puedan ser cometidos por personal militar, dentro de los cuales la interpretación hoy es que incluye también a

---

<sup>2</sup> CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne *vs* Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C Nº 134, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.doc).

<sup>3</sup> *Ibid.*

Carabineros de Chile<sup>4</sup> y, lo más preocupante, a civiles, ya sea como sujetos activos o pasivos del hecho delictivo.

Respecto del primer supuesto (delitos comunes cometidos por militares), el artículo 5 N° 3 del *CJM* establece lo siguiente:

“Art. 5° Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

3° De las causas por *delitos comunes cometidos por militares* durante el estado de guerra, estando en campaña, *en acto del servicio militar o con ocasión de él*, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y *demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas* (el destacado es nuestro);

Respecto del segundo supuesto (juzgamiento de civiles por tribunales militares), tiene especial relevancia el delito de maltrato de obra a carabinero contemplado en el *CJM*:

‘Artículo 416. El que matare a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Artículo 416 bis. El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado (...)’ ”.

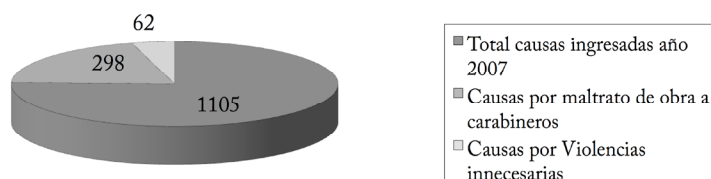
Entre 1990, año del regreso a la democracia, y 2004, se presentaron, según un estudio de FLACSO<sup>5</sup> (que abarca las regiones IV, V, VI y Metropolitana), un total de seis mil ochenta y tres denuncias ante los tribunales militares por delitos en los que los civiles aparecen ya sea como autores o como víctimas de los correspondientes “deli-

<sup>4</sup> De acuerdo con el artículo 6 del *CJM*: “Para los efectos de este Código, se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y *Carabineros*; los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; los Oficiales de Reclutamiento; los conscriptos; los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña en el estado de guerra; y los prisioneros de guerra”. El destacado es nuestro.

<sup>5</sup> FLACSO-CHILE, *Programa de Seguridad y Ciudadanía*, “Denuncias por actos de violencia policial en Chile”, 1990-2004, Observatorio N° 3, Santiago, Chile, junio, 2005, 6 pp., en <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=1245> visitada el 20 de marzo de 2008.

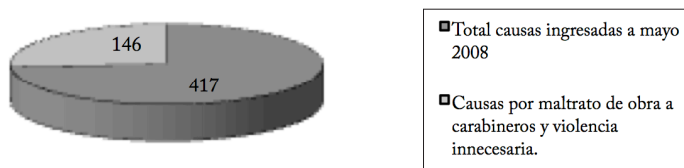
tos militares”, siendo los casos más relevantes y de mayor frecuencia los de maltrato de obra a carabinero y de violencias innecesarias, respectivamente. Las estadísticas citadas en este estudio indican que un total de cuatrocientas setenta y seis denuncias fueron presentadas por violencias innecesarias cometidas por carabineros en contra de civiles sólo en el año 2004. En lo que se refiere a denuncias de carabineros en contra de civiles por maltrato de obra, en muchos de los casos los civiles imputados sostuvieron haber sufrido apremios ilegítimos y ser ellos, en realidad, las víctimas de violencias innecesarias perpetradas por carabineros.

La situación en los años 2007 y 2008 no es mejor y denota que esta afectación de garantías fundamentales no disminuye, a pesar de contarse ya para el año 2005 con un fallo explícito de la Corte IDH haciendo responsable a Chile por el desmedido ámbito de competencia de la justicia militar. Una revisión de la situación en la Corte Marcial nos muestra que en el año 2007, de un total de mil ciento cinco causas, trescientas sesenta estaban caratuladas como maltrato de obra a carabineros y violencia innecesaria, lo que equivale a que en un 32,5% de dichas causas civiles estaban siendo juzgados por jueces militares.

CAUSAS ANTE CORTE MARCIAL AÑO 2007<sup>6</sup>

Más preocupante es la situación del presente año 2008. De enero a mayo, de un total de cuatrocientas diecisiete causas ingresadas a la Corte Marcial un 35,01% estaban caratuladas como maltrato de obra a carabineros y violencia innecesaria.

<sup>6</sup> Elaboración propia. Los datos fueron obtenidos de la revisión en el mes de mayo de 2008 del libro de ingreso a la Corte Marcial.

CAUSAS ANTE CORTE MARCIAL ENERO-MAYO 2008<sup>7</sup>

Como se indicó previamente, el hecho de que un civil se vea enfrentado a la justicia militar, constituye una afectación del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en su dimensión objetiva. Las personas sometidas a ésta se encuentran en una situación en donde razonablemente pueden temer por la falta de imparcialidad del tribunal que las juzga, lo que claramente socava las bases de una democracia.

## II. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA MILITAR CHILENA

El caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, coincidiendo con los planteamientos de la reciente doctrina nacional sobre la materia<sup>8</sup>, identifica las graves falencias que presenta nuestra justicia militar al momento de confrontarla con los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que tienen relación con las siguientes materias:

### 1. *Ámbito desmedido de la competencia de los tribunales militares*

La justicia militar chilena permite el juzgamiento de *civiles* en numerosos supuestos y el de militares por delitos *comunes*, en circunstancias de que debiera limitarse exclusivamente al conocimiento de los

<sup>7</sup> Elaboración propia. Los datos fueron obtenidos de la revisión en el mes de mayo de 2008 del libro de ingreso a la Corte Marcial.

<sup>8</sup> Cfr. "Justicia militar y estado de derecho", en Jorge MERA (ed.), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, serie Seminarios, N° 40, 1998; "Hacia una reforma de la justicia militar", en Jorge MERA (ed.), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, serie Publicaciones Especiales, N° 13, 2002.

delitos propiamente castrenses cometidos por militares, situación que afecta el derecho a ser juzgado por un tribunal natural y competente, derecho respecto del cual los chilenos son titulares según nuestra propia Constitución Política, la CADH y otros tratados internacionales.

Similar preocupación mantiene también el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Examen del Informe presentado por el Estado chileno con arreglo al art. 40 del pacto (89º período de sesiones), cuando

“observa con preocupación la persistencia de la jurisdicción de los tribunales militares chilenos para procesar a civiles por cuestiones civiles, que no es compatible con el artículo 14 del Pacto”,

y recomienda que:

“El Estado parte debería agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto”.

El *derecho al juez competente o natural* ha sido tradicionalmente comprendido como el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un tribunal que haya sido establecido por ley de manera previa a los hechos que dan origen al conflicto legal. Sin embargo, esta concepción del derecho al juez natural sólo muestra un aspecto limitado de éste y no nos da luz respecto de lo que pretende resguardar. En relación con el bien jurídico que este derecho protege, un pronunciamiento del año 2006 de la Corte Europea de Derechos Humanos precisa lo siguiente:

“Según la jurisprudencia de este Tribunal, el objetivo de la expresión ‘establecido por ley’ que se encuentra en el artículo 6 de la Convención es asegurar que ‘la organización judicial en una sociedad democrática no dependa de la discreción del poder ejecutivo, sino que esta se encuentre regulada en una ley emanada del parlamento’ ”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Sokurenko & Strygum vs Ucrania, requerimientos 29458/04 y 29465/04, Fallo de 11 de diciembre de 2006, la traducción es

Como manifiesta claramente la cita indicada, el derecho al juez natural pretende evitar un uso o interferencia particular por parte del Poder Ejecutivo, u otro poder o entidad, hacia el poder judicial en su organización, que pueda llevar a la configuración de tribunales con falta de imparcialidad o independencia, que impidan un juicio justo. Su objetivo es evitar un trato privilegiado o perjudicial a quien se enfrenta al tribunal. La noción de juicio justo o *fair trial* acuñada en los sistemas criminales del *Common Law* adquiere entonces un sentido claro bajo esta situación.

El *derecho al juez natural* resguarda la idea de que los ciudadanos y los conflictos del mundo civil sean conocidos y resueltos por tribunales ordinarios. El derecho al juez competente involucra la obligación por parte del Estado de que los civiles se vean sujetos al fuero común y que reciban un trato igualitario por parte del sistema judicial, ya que sobre ellos no recaen condiciones u obligaciones que hagan necesario la existencia de un fuero particular. Cuando a un civil se le juzga por fueros especiales, como ocurre con la justicia militar, se afecta su derecho al juez natural, pues se le impone una distinción que impide que reciba un trato igualitario al civil que es juzgado por la judicatura ordinaria. Esto ha sostenido la misma Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso *Ergin vs Turkía*, de 2006:

“El poder de la justicia militar no debería hacerse extensivo a civiles (...) cuando se establecen casos en abstracto los ciudadanos afectados pueden encontrarse en una posición significativamente diferente a la posición de ciudadanos juzgados frente a los tribunales ordinarios. Aunque los juzgados militares puedan cumplir con los estándares establecidos en la Convención de la misma manera que los Tribunales civiles, diferencias en el tratamiento relacionadas con la diferente naturaleza y justificación de su existencia pueden dar lugar a un problema de falta de equidad frente a las cortes, lo que debería ser evitado en toda medida posible, particularmente en casos criminales”<sup>10</sup>.

---

nuestra, “According to the Court’s case-law, the object of the term “established by law” in Article 6 of the Convention is to ensure “that the judicial organization in a democratic society [does] not depend on the discretion of the Executive, but that it [is] regulated by law emanating from Parliament”, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>10</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Ergin vs Turkía*, requerimiento N° 47533/99, fallo de 4 de mayo de 2006, párr.47 y 48. The power of military criminal justice should not extend to civilians(...) Where cases are merely allocated *in abstracto* in such a manner the citizens concerned might find themselves in a significantly different posi-

Tenemos que, aunque la judicatura militar estuviese en conformidad a la CADH, cuestión que *no* es así, igualmente el hecho de que civiles se encuentren bajo su competencia en una categoría abstracta de situaciones o delitos conlleva el establecimiento de un trato no igualitario y violatorio de la CADH. Excepcionalmente un civil puede ser sometido a un fuero especial, pero no de manera generalizada o abstracta. Por el contrario, la jurisprudencia de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos ha sido clara en establecer que los fueros especiales están sujetos a un nivel de escrutinio mucho mayor que al del fuero común. En el caso donde se altere la regla general no basta con la expedición de una ley que lo diga, sino que debe ser justificado caso a caso y las razones para esta distinción deben ser claras y previstas en el mundo legal<sup>11</sup>, criterio que hoy en Chile la legislación vigente en la materia no respeta.

*2. Estructura y organización de los tribunales militares, integrados por militares en servicio activo que no gozan de inamovilidad<sup>12</sup> y forman parte de la cadena de mando de sus respectivas instituciones*

Como se verá a continuación, la estructura y organización de los tribunales militares chilenos comprometen seriamente el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial.

En esta materia la Corte IDH ha incorporado a sus fallos el criterio establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos

---

tion from that of citizens tried by the ordinary courts. Although military courts may comply with Convention standards to the same extent as the ordinary courts, differences in treatment linked to their different natures and reasons for existence (see paragraph 45 above) may give rise to a problem of inequality before the courts, which should be avoided as far as possible, particularly in criminal cases”, en <http://www.echr.coe.int>

<sup>11</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (n. 10), párr. 47: The power of military criminal justice should not extend to civilians unless there are compelling reasons justifying such a situation, and if so only on a clear and foreseeable legal basis. The existence of such reasons must be substantiated in each specific case. It is not sufficient for the national legislature to allocate certain categories of offence to military courts *in abstracto*.

<sup>12</sup> La ley N° 19.047, de 14 de febrero de 1991, estableció que: “Los integrantes (de las cortes marciales) que no sean ministros de las Cortes de Apelaciones gozarán de inamovilidad por el plazo de tres años, contado desde que asuman sus funciones, aunque durante la vigencia del mismo cesaren en la calidad que los habilitó para el nombramiento”. Si bien esto representa un avance, se trata de una inamovilidad temporal del todo insuficiente para asegurar la independencia de los miembros militares de las Cortes Marciales, en <http://www.bcn.cl>

Humanos<sup>13</sup>, entendiendo que la imparcialidad está compuesta por dos dimensiones: primera, que es la imparcialidad subjetiva del juzgador y, segunda, que se refiere a la imparcialidad objetiva.

La *imparcialidad subjetiva* se caracteriza porque el ente que juzga no tenga prejuicios o ideas preconcebidas respecto de la materia o de las partes sobre las cuales recaerá su decisión. La *imparcialidad objetiva* implica que el sistema procesal y la organización de los tribunales, deben estar estructuradas de tal manera que no permitan dudas o cuestionamientos razonables respecto de la imparcialidad del juzgador. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso De Cubber<sup>14</sup> deriva esta noción del aforismo, *la justicia no solo debe ser, sino que también parecer (honesto)*.

*a) Violación a la garantía de la imparcialidad objetiva por parte de la justicia militar chilena*

En relación con los juzgados militares, los artículos 20 y 16 del *CJM* establecen que el juzgado y, por ende, el juez militar, estará conformado por la más alta autoridad de la rama de las fuerzas armadas en la correspondiente jurisdicción geográfica. Dicho, juez a su vez, tiene la facultad de delegar estas funciones en un “oficial general que se desempeñe bajo su mando”.

Asimismo, si bien el sistema procesal militar establece la figura de los fiscales, encargados de la investigación de los delitos militares, se trata de miembros en servicio activo de las FF.AA., sujetos a calificación, los cuales “ejercerán sus cargos sin perjuicio de las demás funciones que los Mandos Institucionales pueden confiarles dentro del territorio asignado a su jurisdicción” (art. 28 *CJM*).

La Corte Marcial se integra con dos ministros de Corte de Apelación, y tres miembros provenientes de las FF.AA, como son los auditores generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y un coronel de justicia, del Ejército en servicio activo. La Corte Naval, por su parte, está integrada por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el auditor general de la Armada y por un oficial general en servicio activo de esta institución (art. 48 *CJM*).

Finalmente, la Corte Suprema, cuando conozca de un asunto relativo a la jurisdicción penal militar, estará adicionalmente integrada

---

<sup>13</sup> CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C N° 107, par. 169 y 170, en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.doc](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.doc)

<sup>14</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Cubber contra Bélgica, sentencia de 14 de agosto de 1987, requerimiento número 9186/80, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)



por el “auditor general del ejército o quien deba subrogarlo” (art. 70-A *CJM*).

La normativa anteriormente reseñada no garantiza la *dimensión objetiva* de la imparcialidad: la composición de los tribunales militares, en particular cuando son civiles quienes se encuentran sujetos a su jurisdicción, genera justamente dudas sobre su imparcialidad. La jurisprudencia internacional se ha pronunciado reiteradamente sobre la exigencia de la imparcialidad objetiva que debe tener el tribunal, como se observa, entre muchos otros, en los siguientes fallos de la Corte IDH y de la Corte Europea de Derechos Humanos:

“(…) pensamos que los tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el poder ejecutivo y subordinados a los cánones de disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al poder judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino también a civiles... no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal”<sup>15</sup>.

“Sin embargo, otros aspectos de su situación surgen con relación a su independencia e imparcialidad. En primer lugar, los jueces militares son funcionarios que actualmente son miembros de las fuerzas armadas, quienes reciben ordenes del ejecutivo. En segundo lugar, como el solicitante correctamente apuntó, estos siguen sujetos a la disciplina militar e informes son llenados respecto de este propósito. Ellos necesitan por ende reportes favorables por parte de sus superiores jerárquicos, tanto administrativos como judiciales para obtener una promoción”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> CORTE IDHs, Caso Loayza Tamayo, serie C N° 33, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/seriec33\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/seriec33_esp.doc) voto concurrente de los jueces Antônio Cancado Trindade y Oliver Jackman.

<sup>16</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Sahiner contra Turquía, Sentencia de 25 de septiembre de 2001, requerimiento N° 29279/95, par. 41: “However, other aspects of their status call into question their independence and impartiality. Firstly, the military judges are servicemen who still belong to the army, which in turn takes orders from the executive. Secondly, as the applicant rightly pointed out, they remain subject to military discipline and assessment reports are compiled on them for that purpose. They therefore need favourable reports both from their administrative superiors and their judicial superiors in order to obtain promotion”, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Los cuestionamientos sobre este particular a nuestra justicia militar provienen, incluso, de las propias autoridades vinculadas al tema. Así, el diputado Renán Fuentealba, quien preside la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, a propósito de la aprobación del informe de la Cámara sobre la muerte del civil Héctor Meneses en el año 2006, señaló:

“De manera que la gente tiene dudas de que la justicia militar sea imparcial para juzgar a los uniformados y en verdad prefiere que estas cuestiones sean materia de los Tribunales ordinarios... Basta ya de este tipo de justicia discriminatoria, privilegiada y que muchas veces no llega a las mismas conclusiones que esperamos los ciudadanos”<sup>17</sup>.

Los hechos que motivaron la crítica del parlamentario fueron los siguientes. Héctor Meneses, pintor, ingresó al regimiento Buín y fue brutalmente golpeado por personal militar, produciéndose su posterior fallecimiento. Los responsables fueron condenados por la justicia militar a penas que fluctuaron entre uno a diez días de arresto.

*b) Violación a la garantía de independencia del tribunal por parte de la justicia militar chilena*

Por su parte, el derecho a un juez *independiente* pretende asegurar que los fallos emitidos por los tribunales no se vean afectados por las influencias o presiones de diversa índole, que conlleven a que un juez se vea inclinado a fallar en un determinado sentido. Existen dos dimensiones de la independencia, que se relacionan con las garantías estructurales que el Poder Judicial otorga a sus propios jueces:

- i) la independencia externa, referida a impedir que los otros poderes del estado puedan influir en las decisiones judiciales y
- ii) la independencia interna, respecto de los superiores, que persigue evitar que los jueces inferiores se vean “compelidos” por jueces de mayor rango a fallar en un determinado sentido.

---

<sup>17</sup> “Comisión de Defensa repone polémica por competencia de Justicia Militar”, en *La Nación*, 22 de octubre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071021/pags/20071221213043.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071021/pags/20071221213043.html), visitado el 14 de febrero de 2007; “Proyecto ingresó hace tres meses al Senado”, en *La Nación*, 23 de octubre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071022/pags/20071022213856.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071022/pags/20071022213856.html). Visitada el 14 de febrero de 2007.

Respecto de la justicia militar chilena, la Corte IDH realiza un serio diagnóstico sobre los puntos examinados, señalando que:

“La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares (chilenos), descrita en los párrafos precedentes, supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o de fiscales. Todo conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad” (párr. 155).

Similar razonamiento ha tenido la misma Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Sahiner vs Turquía*, en que un civil fue juzgado por una Corte Marcial: La Corte Europa sostuvo en dicha ocasión:

“41. Sin embargo, otros aspectos de su status afectan su independencia e imparcialidad. En primer lugar, los jueces militares se encuentran en servicio activo, lo que implica que se encuentran sujetos a órdenes del ejecutivo. Segundo, como el requirente claramente indica, estos se encuentran sujetos a la disciplina militar y están sujetos a reportes en esta materia. Por ende necesitan reportes favorables de sus superiores administrativos y judiciales para poder obtener una promoción. Finalmente, decisiones relacionadas con su nombramiento son en gran medida tomadas por las autoridades administrativas y del ejército”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Sahiner vs Turquía*, fallo de 25 de septiembre de 2001, la traducción es nuestra, par. 41. However, other aspects of their status call into question their independence and impartiality. Firstly, the military judges are servicemen who still belong to the army, which in turn takes orders from the executive. Secondly, as the applicant rightly pointed out, they remain subject to military discipline and assessment reports are compiled on them for that purpose. They therefore need favourable reports both from their administrative superiors and their judicial superiors in order to obtain promotion (see the above mentioned *Mitap and Müftüoğlu v. Turkey* decision of the Commission, cited above, § 104). Lastly, decisions pertaining to their appointment are to a great extent taken by the administrative authorities and the army, en <http://www.echr.coe.int>

La conclusión de la Corte IDH no es una cuestión novedosa para Chile, toda vez que ha sido observada desde antiguo por los comentaristas del *CJM*. Ya a comienzos del siglo xx expresaba un autor:

“La subordinación incondicional que exige el Ejército para su subsistencia es el obstáculo más grande que impide a los miembros de los tribunales militares despojarse, como debieran hacerlo, de esa capa disciplinaria que pesa sobre el militar en todos los actos de su vida como tal, ya sea dentro o fuera del cuartel”<sup>19</sup>.

En el discurso de inauguración del año judicial 1989 denunciaba el Presidente de la Corte Suprema que “los principios fundamentales que deben regir la organización de los tribunales de justicia...tienen una muy precaria vigencia en los tribunales castrenses. En efecto, siendo sus magistrados personal de las Fuerzas Armadas, los que de partida están sometidos a reglamentos de disciplina muy importantes, desaparece la garantía de la inamovilidad, la que es básica y fundamental en relación con la independencia del juez. Y esto implica, de inmediato, una seria deficiencia en el sistema de administración de justicia en cuanto a la confiabilidad de sus resultados”<sup>20</sup>. En Chile, la jurisdicción penal militar tiene carácter jerárquico: quienes la administran tienen graduación militar, se encuentran sometidos a la subordinación militar disciplinaria y pertenecen a las plantas jerarquizadas de sus respectivas instituciones.

Durante el año 2007 la Corte Suprema de Chile conoció de ocho contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la militar. En seis casos otorgó la competencia a los tribunales ordinarios<sup>21</sup>. A pesar

---

<sup>19</sup> Fabrio GALDAMES LASTRA, *Estudio sobre la reforma de los tribunales militares*, Santiago, imprenta Ilustración Militar, 1910.

<sup>20</sup> Similar comentario presentó el Estado de Chile en el cuarto informe periódico presentado en el año 1998 al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CCPR/C/95/Add.11, 2 de diciembre de 1998, “(...) Asimismo se cuestiona la efectividad de la imparcialidad de estos tribunales, en todos los casos en que se juzga a personal militar comprometido en la comisión de delitos comunes, ya que sus integrantes no gozan de inamovilidad y están sometidos a la disciplina jerárquica del superior, predominando el espíritu de cuerpo en sus decisiones. Por otro lado, la garantía de idoneidad del juez para ajustar su procedimiento a las normas que regulan el debido proceso, que en la justicia ordinaria se cautela con la exigencia de que los jueces sean abogados, no existe en la justicia militar, en <http://www.unhchr.ch/spanish/searchsp.htm>

<sup>21</sup> “Lautaristas: justicia en pugna”, en *La Nación*, 11 de noviembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071110/pags/20071110190833.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071110/pags/20071110190833.html), visitada el 12 de febrero de 2007.

de lo anterior, se han dado otros casos que demuestran que dicho criterio no es permanente.

Con fecha 18 de octubre de 2007 se produjo un asalto al Banco Security. Al momento del escape de los cuatro autores se dio muerte al cabo Luis Moyano, el cual intentó evitar la fuga. Posteriormente dos de los presuntos autores del robo fueron detenidos<sup>22</sup>. Al producirse la muerte del cabo Luis Moyano mientras ejercía sus respectivas funciones, se inició la correspondiente investigación por parte del fiscal militar competente, poniéndose a su disposición a los detenidos.

Un recurso de amparo presentado por el abogado de uno de los detenidos ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago provocó la intervención del juez Daniel Urrutia, juez titular de dicho tribunal, quien resolvió que era competente para conocer de la muerte del cabo Luis Moyano, junto con los hechos relacionados con el asalto mismo, la judicatura común, emitiendo con fecha 7 de noviembre de 2007 una resolución en la cual solicitó al fiscal militar que se abstuviera de conocer el caso y enviara los antecedentes al juzgado de garantía.

El juez Daniel Urrutia fundamentó su fallo primordialmente en las siguientes ideas<sup>23</sup>:

- considera que la referencia que hace el *CJM* y la Constitución a Carabineros, debe entenderse para los casos en que este cuerpo institucional realiza funciones de defensa nacional. En el resto de las situaciones, las disposiciones del *CJM* no le son aplicables en materia de competencia.
- Asimismo, incorpora en su fallo las decisiones y consideraciones realizadas por la Corte IDH y en particular las conclusiones desarrolladas por este tribunal internacional en el caso Palamara Iribarne *vs* Chile. El magistrado Daniel Urrutia concluye que según la jurisprudencia del sistema interamericano la órbita de la competencia de la justicia militar es excesiva y que en el caso concreto objeto de la contienda lo que corresponde es que sea de conocimiento de la jurisdicción común.
- Finalmente el juez concluye, en su considerando 8º: “pues, que duda cabe, no se respetarían consecuentemente los derechos de los imputados al debido proceso, ni siquiera de las

---

<sup>22</sup> “Lautaristas...” (n. 21)

<sup>23</sup> SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, Causa RUC 0700821645-7 y RIT 13645-2007, Fallo emitido con fecha de 7 de noviembre de 2007. Resolución en poder de los autores. Véase Registro de tramitación, en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

víctimas, debido a la situación procesal desmejorada en que se encuentra el proceso militar(...).”

Con fecha 15 de noviembre de 2007 el Segundo Juzgado Militar de Santiago, trabó la contienda de competencia, en los siguientes términos:

“1. Que, nuestra jurisdicción penal militar está determinada en el artículo 5º del Código de Justicia militar, permitiendo conocer de delitos que se contienen incluso en leyes especiales, extendiéndose la competencia en los casos de los artículos 11 y 12<sup>24</sup> del mismo cuerpo legal, por conexidad o por concurso, al civil que juntamente con un militar que estaba de servicio, comete un delito. Por ende, el elemento ‘calidad militar del culpable’ no es determinante para singularizar el delito militar.

6. Que, efectivamente a los hechos que dan motivo a la formación de este sumario se ha podido establecer que en la especie se consignan delitos de jurisdicción militar –homicidio a un carabinero y maltrato de obra– y de la jurisdicción civil –robo con intimidación en las personas”.

La Corte Suprema de Chile, conociendo de la contienda de competencia, resolvió que la causa debía ser conocida *por la justicia militar*, de acuerdo con las reglas de competencia vigentes<sup>25</sup>, desconociendo el derecho a ser juzgados por el juez natural y competente del que los civiles gozan. La resolución de la Corte Suprema no va más allá de referirse a los artículos 5 N° 1 del *CJM* y 191 del *Código Orgánico de Tribunales*<sup>26</sup>. No se considera en absoluto lo resuelto por

<sup>24</sup> Art. 11. El Tribunal Militar tendrá jurisdicción para juzgar no sólo al autor de un delito de jurisdicción militar, sino también a los demás responsables de él, aunque no estén sujetos a fuero.

Tendrá, asimismo, jurisdicción para conocer de los delitos que sean conexos, aun cuando independientemente sean de jurisdicción común, salvo las excepciones legales.

No se alterará la jurisdicción cuando el Tribunal Militar, al dictar el fallo, califique como delito común un hecho que se tuvo como delito militar durante la tramitación del proceso.

Art. 12. Cuando se hubiere cometido por un mismo agente delitos de jurisdicción militar y de jurisdicción común, que no sean conexos, el Tribunal Militar será competente para conocer de los primeros y el tribunal ordinario de los segundos (...), en *CJM*.

<sup>25</sup> “Suprema determina que fiscal militar continúe investigando crimen del cabo Moyano”, en *El Mercurio*, 11 de diciembre de 2007, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=284914>, visitada el 12 de febrero de 2007.

<sup>26</sup> EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE CHILE, Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Recurso 6316/2007 - Resolución: 32504, en <http://www.poderjudicial.cl/causas/esta402.p>

el sistema interamericano, permitiendo que una jurisdicción, que es esencialmente excepcional, se aplique a ciudadanos que no tienen relación alguna con el fuero que pretende resguardar. No se hace cargo tampoco de los bienes jurídicos propios el mundo militar que podrían justificar eventualmente el conocimiento de este proceso por dicho fuero.

Si bien es cierto que aún se encuentra pendiente la reforma legal de la justicia militar a la luz del caso Palamara, las decisiones emitidas por la Corte IDH forman parte de los derechos humanos regulados en la Convención, la cual debe ser aplicada por los Estados que la han suscrito. La Corte Suprema de Chile tiene la facultad de hacer efectivo –debido al carácter vinculante del fallo Palamara– el derecho al juez natural, excluyendo la competencia de los tribunales militares en los casos que lo contradigan, y por medio de su jurisprudencia ir limitando el ámbito de competencia de dicho fuero hacia el futuro, mientras el Estado de Chile no cumpla con su obligación de adecuar el sistema de administración de justicia militar a los estándares internacionales en materia de derechos humanos<sup>27</sup>

Otra muestra de la desconfianza en la justicia militar –en el marco de un complejo contexto histórico que afecta a grupos especialmente vulnerables, como los mapuches–, se produjo en la Novena Región. El día 3 de enero de 2008 el joven estudiante Matías Catrileo Quezada, acompañó a un grupo de comuneros mapuches con el fin de recuperar tierras en el fundo Santa Margarita. El joven fue alcanzado por una ráfaga de balas que lo habría impactado por la espalda y que habrían sido disparadas por Carabineros. Ante esta situación,

---

hp?rowdetalle=AAANoPAAPABZBuAAB&consulta=100&glosa=&causa=6316/2007&numcua=32504&secre=UNICA, visitada el 21 de marzo de 2007.

<sup>27</sup> En el citado fallo de la Corte Suprema los ministros Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros emitieron la siguiente prevención: “Se previene que los Ministros Sres. Segura y Ballesteros no comparten las expresiones vertidas en el argumento octavo de su decisión de siete de noviembre pasado”, Dicho argumento octavo reza así: “no se puede pretender hacer competente a la mencionada jurisdicción, pues que duda cabe no se respetarían consecuentemente los derechos de los imputados al debido proceso, ni siquiera de las víctimas debido a la situación procesal desmejorada en que se encuentran en el proceso militar y en especial la afectación de ambas del derecho de ser juzgadas ante el Juez Natural”.

Si bien los alcances del pronunciamiento de ambos ministros no son del todo claros, sí es preocupante en diversos aspectos: al parecer, a su juicio, la jurisdicción penal militar chilena no violaría el debido proceso (a pesar de su carácter inquisitivo, secreto, escrito, violatorio del derecho a ser juzgado por el juez natural y por un tribunal independiente e imparcial), discrepando así de una jurisprudencia internacional vinculante para Chile, lo que podría hacer incurrir a nuestro país en responsabilidad internacional

los mismos mapuches que acompañaban al joven fallecido retiraron su cuerpo para que no se manipularan o alterarían las pruebas que permitirían determinar las condiciones de su muerte<sup>28</sup>. Posteriormente, la agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos sindicó como responsable de la muerte del joven mapuche al ex ministro del Interior, Belisario Velasco, solicitando que la investigación del caso se lleve a cabo por el Ministerio Público y no por la justicia militar, ya que desconfían de esta<sup>29</sup>.

### *3. Procedimiento escrito, de carácter inquisitivo, estructuralmente contrario a las garantías del debido proceso*

En el procedimiento penal militar, las garantías del imputado (entre otros, el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la inmediación y a la publicidad de las actuaciones judiciales) se encuentran particularmente debilitadas, incluso, en comparación con el ya gravemente deficitario sistema de enjuiciamiento criminal establecido en el *CPP* de 1906. En efecto, las facultades discrecionales del juez militar durante la etapa de instrucción son mayores que las del juez ordinario. La prisión preventiva puede decretarse si existe motivo suficiente para *sospechar* que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito (art. 136 del *CJM*). Contra la orden de prisión de alguna autoridad judicial del fuero militar, sólo procede el recurso de amparo, del que conoce, en única instancia, la Corte Marcial (art. 139 del *CJM*). Las resoluciones del fiscal son, por regla general, inapelables.

La reforma estructural del procedimiento penal, que se tradujo en el nuevo *CPP* que sustituyó el procedimiento inquisitivo por uno moderno de corte acusatorio y que entró en vigencia gradualmente a partir de diciembre de 2000, *dejó incólume el procedimiento penal militar de carácter inquisitivo*, que viola las garantías del debido proceso establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte IDH se ocupa, en particular, de dos de las garantías del debido proceso contempladas en el art. 8 de la Convención Americana-

---

<sup>28</sup> “Justicia Miliar investiga muerte de universitario Mapuche”, en *La Nación*, 4 de enero de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080103/pags/20080103221833.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080103/pags/20080103221833.html), visitada el 14 de febrero.

<sup>29</sup> “AFDD culpa a Velasco por muerte de Mapuche”, en *La Nación*, 4 de enero de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080104/pags/20080104132850.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080104/pags/20080104132850.html), visitada el 14 de febrero.



na (por ser las relevantes en el caso examinado), que, a su juicio, son violadas por el procedimiento penal establecido en el *CJM* chileno, a saber, la publicidad del proceso, y el derecho a la defensa. En relación con el primer punto:

“La Corte estima que la regla del secreto de las actuaciones del sumario en la jurisdicción militar chilena, aun cuando tenga algunas excepciones, es contraria a la garantía de publicidad que debe tener el proceso penal de acuerdo con el artículo 8.5 de la Convención” (párr. 174).

Dicho secreto viola, asimismo, según la Corte IDH, el derecho de defensa del imputado,

“ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c” (párr. 170).

Se viola también, según la Corte IDH, el derecho del imputado a la defensa por cuanto éste contempla el

“derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones...; en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”.

#### *4. Problemas en la orientación y justificación de la justicia militar en Chile*

Los problemas que plantea la jurisdicción penal militar chilena, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son básicamente dos: El primero tiene relación con la *necesidad de una jurisdicción militar* o, si por el contrario, los delitos militares cometidos por militares en servicio activo debieran ser del conocimiento de los tribunales civiles ordinarios, como ocurre en otros sistemas jurídicos<sup>30</sup>. El segundo –admitida la necesidad de la existencia de esta

---

<sup>30</sup> Países con gran tradición militar, como Alemania y Francia, han suprimido la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz. De los delitos militares conocen los tribunales

jurisdicción especial–, radica en precisar las *condiciones para su legitimación*: juzgamiento sólo de delitos militares cometidos por militares, efectuado por tribunales independientes e imparciales y de acuerdo con un procedimiento que respete las garantías del debido proceso.

Habitualmente se presenta esta posibilidad como una opción legítima de los Estados, sujeta a la estimación político-jurídica de los mismos. Así, por ejemplo, en la mencionada sentencia de la Corte IDH, se dispone que el estado chileno

“debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que *en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar*, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo” (el destacado es nuestro).

Sin embargo, más allá del debate en torno de las razones justificatorias tradicionalmente invocadas a favor de esta jurisdicción penal especial<sup>31</sup>, y desde el punto de vista estricto de las garantías funda-

---

civiles, sin que esta circunstancia haya mermado la eficacia de sus FF.AA. La función jurisdiccional –a diferencia de la disciplinaria– no forma parte del cometido de las instituciones castrenses. Abogar por su supresión no representa un ataque a las FF.AA.; significa, por el contrario, instar por su cabal profesionalización, permitiendo el adecuado respeto de las garantías penales de los imputados por delitos militares.

<sup>31</sup> La regla general en materia de jurisdicción penal es que ella sea ejercida por los tribunales ordinarios, de acuerdo con los principios de igualdad ante la ley, de unidad de jurisdicción y del juez natural. Los tribunales especiales deben estar justificados en razones fuertes que convezan que su establecimiento es una necesidad que no importa una diferenciación arbitraria, esto es, una discriminación. No parece ser éste el caso de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz. Las razones justificatorias aducidas son básicamente dos, ambas discutibles: (i) La especialidad y complejidad de los delitos militares y (ii) la necesidad de preservar la disciplina. Respecto de la primera, debe observarse que bastaría con una mayor especialización técnica de los jueces civiles (o de un asesoramiento especial cuando ello fuese necesario), evitándose así el riesgo que para la independencia e imparcialidad del tribunal representa el hecho de que los jueces que se pronuncian sobre las infracciones penales a los deberes militares sean precisamente militares. En lo que concierne a la segunda razón, ella sólo podría justificar la jurisdicción militar *disciplinaria*, pero no la jurisdicción *penal* militar, toda vez que los delitos militares suponen la infracción no sólo de deberes militares (como la disciplina), sino que la afectación de un bien jurídico universal, referido a la eficacia de las fuerzas armadas como organismos de combate técnicos y profesionales especializados en la protección de la seguridad exterior. Un mayor desarrollo de la exposición y crítica de las razones justificatorias de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz puede verse en el artículo de Jorge MERA, “Razones justificatorias

mentales que integran el debido proceso, la sola existencia de dicha jurisdicción resulta cuestionable, incluso, en el supuesto ideal de una estructura y organización adecuadas (que contemplara la existencia de jueces profesionales inamovibles que no dependan del mando militar, y con competencia para juzgar sólo a militares acusados de cometer delitos propiamente militares) y de un procedimiento penal que cumpliera con dichas garantías

Ello porque, aun, en tal evento (juzgamiento de militares por delitos militares efectuado por tribunales militares adecuadamente *judicializados*), el conflicto que debe resolver el tribunal especial se deriva del hecho de atentar un militar en contra del deber de prestar el servicio militar o en contra de los deberes militares que le corresponden, ya sea como superior o subordinado. La contraposición de intereses, propia de todo proceso penal, se presenta aquí, por una parte, en el interés del estado en que se persigan y castiguen las diversas infracciones de los deberes militares tipificadas como delitos castrenses y, por la otra, en el interés de los imputados (militares en servicio activo, en el supuesto examinado) en que se respeten sus garantías penales. Siendo así, es razonable pensar que estas últimas estarán mejor protegidas si el juzgamiento lo llevan a cabo tribunales civiles ordinarios, que gozan de total independencia y absoluta imparcialidad para juzgar dicho conflicto, y no tribunales militares, cuyos miembros pueden sentirse comprensible y acaso inconscientemente inclinados a favorecer uno de los intereses en pugna (a saber: el militar), en desmedro del otro (las garantías del militar imputado). Parece obvio que desde la perspectiva del imputado (un militar acusado de atentar en contra de los deberes militares), su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial se satisface de mejor manera si el juzgamiento lo realiza un tribunal civil ordinario, para nada sospechoso de tener algún sesgo proclive a favorecer los intereses de las instituciones armadas.

La segunda alternativa –descartada la supresión de la jurisdicción penal militar– es el establecimiento de un fuero militar restringido al conocimiento de los delitos propiamente castrenses cometidos por militares, tal como se señala en la sentencia de la Corte IDH de 22 de noviembre de 2005 y en la recomendación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (89º período de sesiones), antes ci-

---

y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, serie Seminarios, N° 40, noviembre, 1998.

tadas. El problema que se plantea en el contexto de este modelo es el de las condiciones de su legitimación. Básicamente ellas son tres:

- a) que la competencia de los tribunales castrenses se limite efectivamente al conocimiento de delitos propiamente militares cometidos por militares (este requisito responde a la pregunta acerca de *qué* es lo que los tribunales militares deben juzgar);
- b) que la estructura y organización de los tribunales militares garanticen el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial y
- c) que el procedimiento penal militar cumpla con las exigencias del debido proceso.

Los dos últimos aspectos –referidos, como lo señala el fallo de la Corte, a la necesidad de garantizar el debido proceso y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares– tienen relación con el *cómo* debe realizarse dicho juzgamiento.

En lo que se refiere al ámbito de la competencia de los tribunales militares, restringida, como se ha dicho –dentro del modelo examinado–, a los delitos propiamente militares, ésta es la pregunta básica, toda vez que la respuesta a la misma (delitos militares cometidos por militares) es lo que justifica, dentro de la lógica y el sentido de dicho modelo de fuero restringido, la existencia del mismo. Lo decisivo, entonces, es la determinación, lo más precisa posible, del concepto de delito militar. Sólo una vez que se realice dicha determinación y quede, por tanto, delimitado el ámbito de la jurisdicción penal militar, cobra importancia el *cómo* debe procederse al juzgamiento de los delitos militares. La respuesta a esta última pregunta es evidente y se encuentra sobradamente destacada en los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos antes citados: por medio de tribunales independientes e imparciales y de acuerdo con un procedimiento que asegure el respeto de las garantías del debido proceso.

Un primer punto a considerar (en relación con el *qué* de la jurisdicción penal militar) es el relativo a la necesidad de contemplar *delitos militares*. Existen, en efecto, bienes jurídicos de carácter militar de la mayor relevancia para toda la sociedad –que sólo pueden ser afectados por los miembros de las FF.AA.– que requieren de protección penal, siendo insuficientes las sanciones administrativas o disciplinarias. Los más graves atentados en contra de la eficacia de los institutos armados, como órganos técnicos de combate especializados en la protección de la seguridad exterior del Estado, cometidos por militares, tienen la suficiente relevancia para merecer sanción penal, siendo lógico que integren un catálogo especial de delitos, a saber: los

delitos militares. Por otra parte, la especialidad de estas infracciones –derivada tanto de la naturaleza militar del bien jurídico protegido como de la calidad de los infractores, esto es, uniformados que infringen sus deberes militares– justifica su tipificación separada<sup>32</sup>.

Actualmente, existe un consenso generalizado en la doctrina, en el sentido de que los delitos militares son *delitos especiales propios* que se integran con dos elementos copulativos que los caracterizan y distinguen de otra clase de infracciones penales: en primer término, la naturaleza militar del bien jurídico protegido<sup>33</sup> y, en segundo lugar, la calidad militar del sujeto activo, que infringe sus deberes militares. No basta con la afectación de un bien jurídico de carácter militar, para que el delito sea militar. En efecto, los civiles también pueden hacerlo, como ocurre, por ejemplo, cuando se apropian de material de guerra, falsifican documentos militares o infringen el deber jurídico de armarse en defensa de la nación, que corresponde a todo ciudadano. La afectación en todos esos casos de bienes jurídicos e intereses militares –infringiéndose el deber general de no atentarse en su contra–, es evidente, pese a lo cual no existe un delito militar, toda vez que los civiles no han infringido, obviamente, ningún deber militar. La infracción de un deber específicamente militar es un elemento consustancial de los delitos militares:

“...el delito militar ha menester tanto de la calidad del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos. Si el delito militar entraña una violación al deber militar, no nos parece dudoso que la ley penal militar sólo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter. Afirmar que una persona sin estado militar

---

<sup>32</sup> De hecho, en países que como Francia, han abolido la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz, sus códigos de justicia militar siguen contemplando un catálogo de delitos militares, de los que conoce la justicia ordinaria. En Alemania –donde también se ha suprimido dicha jurisdicción para el tiempo de paz–, una ley penal militar sanciona los delitos militares.

<sup>33</sup> Como lo ha destacado la doctrina anglosajona (cfr. al respecto, FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1987, p. 27), el bien jurídico protegido en los delitos militares es la eficacia de las instituciones armadas como organismos de combate técnico-profesionales especializados en la protección de la seguridad exterior del Estado. Por esta razón, los miembros de Carabineros de Chile –institución de carácter policial que no tiene, por cierto, la función de proteger dicha seguridad, sino que la de resguardar la seguridad y el orden públicos y dar eficacia al derecho– debieran quedar excluidos del Derecho Penal Militar.

puede cometer un delito militar, importa tanto como admitir que un civil pueda violar mandatos dirigidos a los militares”<sup>34</sup>.

Los deberes militares son los que emanan del servicio militar, básicamente los de la disciplina y la obediencia. Radicando la esencia del injusto en los delitos militares en la infracción del deber militar, su tipificación debiera estructurarse en torno de la naturaleza del deber infringido, distinguiéndose (como hace la Ley Penal Militar alemana) entre delitos que atentan en contra del deber de prestar el servicio militar (abandono de servicio, abandono de destino o residencia, desertión, automutilación, evasión del servicio militar), y delitos de los superiores (maltratos, trato degradante, amenazas, coacciones y ofensas a los inferiores, usurpación y abuso del mando y del poder disciplinario, omisión de mantener la disciplina, denegación de auxilio a las fuerzas combatientes) y de los subordinados (motín, desobediencia, maltratos, amenazas, coacciones y ofensas a superiores), que representan violación de sus respectivos deberes.

Como puede observarse, la correcta determinación del concepto de “delito militar” –en el supuesto de que la competencia de los tribunales castrenses se restrinja al conocimiento de esta clase de infracciones, como lo señalan la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas– excluye no sólo, desde luego, el juzgamiento de civiles por los tribunales militares sino, además, el de militares por delitos “comunes”, toda vez que en este caso el hecho punible no constituye la infracción de un deber militar que le corresponda a aquéllos en tanto miembros de las FF.AA.<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Eugenio ZAFFARONI y CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, Ariel, 1980, p. 28.

<sup>35</sup> Confirmando la generalizada impresión existente en nuestro medio, una investigación empírica que cubre el período 1990-1996, evidenció que prácticamente el 70% de las causas tramitadas en los tribunales militares son seguidas en contra de civiles. El principal motivo de tan alto porcentaje se explica por el hecho de que el conocimiento del delito de *maltrato de obra a Carabineros*, imputado a civiles (que se presenta en la práctica en el contexto de enfrentamientos entre Carabineros y la población civil, a raíz del control por parte de la policía uniformada de protestas ciudadanas y diversas manifestaciones de carácter universitario, cultural o deportivo), se encuentra dentro de la órbita de la competencia de los tribunales militares. El proyecto del gobierno de reforma de la justicia militar –al que luego nos referiremos– procura terminar con esta situación, si bien, como se explica más adelante, otra norma legal del mismo rango podría restablecer la competencia de los tribunales castrenses para conocer del referido maltrato de obra a carabineros. Respecto del juzgamiento de militares, la misma investigación muestra que de un total de setecientos cuarenta y nueve inculpados, sólo sesenta y seis lo fueron por delitos propiamente militares, es decir, el 8,81 %; El resto, por delitos comunes (cfr. “Justicia militar, una mirada en cifras”, en *Justicia militar y estado de derecho*, nota 1, p 199 y ss.).

En este mismo sentido, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Palamara vs Chile* (citando una jurisprudencia reiterada en sentencias de 5 de julio de 2004 –caso 19 comerciantes–; de 25 de noviembre de 2004 –caso Lori Berenson Mejía– y de 15 de septiembre de 2005 –caso de la Masacre de Mapiripán), señala:

“En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (párr. 124).

Abundando en el tópico del alcance de la jurisdicción penal militar, la Corte agrega (párr. 132) que:

“esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, ésta debe ser mínima y encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”.

A juicio de la Corte IDH (párr. 142):

“La jurisdicción tan extensa que tienen los tribunales militares en Chile, que les otorga facultades de fallar causas correspondientes a los tribunales civiles, no es acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana” (que establece el derecho a ser juzgado por un tribunal competente).

En efecto, continúa la Corte, citando su propia y reiterada jurisprudencia,

“cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso...” (párr. 143).

Nuestro *CJM* ofrece un concepto puramente formal de delito militar, que no alude a la naturaleza de la infracción. En efecto, de acuerdo con el art. 5º, N° 1º de dicho cuerpo legal, *se entiende* por delitos militares, para los efectos de la jurisdicción militar, “los contemplados en este Código”. Como lo señala el más importante comentarista del *CJM*,

“En nuestro país, de acuerdo con nuestra legislación positiva, el delito militar tiene un carácter amplísimo: se consideran delitos militares no sólo ciertos delitos que pueden ser cometidos por civiles (hurtos de especies militares, ofensas y violencia a carabineros), sino que aun algunos que no lesionan intereses institucionales (infracciones a la Ley de Navegación Aérea)”<sup>36</sup>.

Con todo, el *CJM* asume que se trata de una ficción, pues su art. 215 establece que: “Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares, según la *naturaleza* del delito”. La referencia que se hace a “la naturaleza” del delito alude a la índole común o militar de la infracción, de acuerdo con la clase de penas asignadas en uno y otro caso. De hecho, la manera de reconocer los delitos propiamente militares en el *CJM* es atendiendo al carácter militar o común de las penas previstas para las distintas infracciones. En general, observa a este respecto una gran coherencia. Es así como los delitos de los títulos II (De la traición, del espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del estado), III (Delitos contra el Derecho Internacional), IV (Delitos contra la seguridad interior del estado), VIII (Delitos contra los intereses del Ejército), IX (Delitos contra la propiedad) y X (Delitos de falsedad) del libro III, son castigados (con la excepción del art. 245 del título III), con penas comunes, por lo que, de acuerdo con el predicamento del propio *CJM*, no son, atendida su naturaleza, delitos propiamente militares. Todos ellos deberían ser eliminados en una futura reforma (cumpliendo así con lo resuelto por la Corte IDH en su sentencia de 22 de noviembre de 2005), puesto que se trata de delitos comunes, susceptibles de ser cometidos por civiles.

---

<sup>36</sup> Renato ASTROSA H., *Comentarios al Código de Justicia Militar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 29.



III. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY ENVIADO  
 POR EL GOBIERNO DE CHILE PARA DAR CUMPLIMIENTO  
 AL FALLO PALAMARA IRIBARNE VS CHILE

Ante la sentencia emitida por la Corte IDH y que exige que Chile, en un plazo razonable, adecué su legislación vigente a los estándares internacionales sobre la materia, el gobierno de Chile, con fecha 3 de julio de 2007, introdujo un proyecto de ley que modifica el *CJM*, alterando la competencia de los tribunales militares y suprimiendo la pena de muerte<sup>37</sup>.

A continuación se examinará si dicha iniciativa legislativa efectivamente cumple con lo resuelto por la Corte IDH en la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005.

En primer lugar, cabe destacar que el gobierno de Chile debe en un *plazo razonable* adecuar la legislación vigente sobre justicia militar a los estándares internacionales sobre la materia. A este respecto debe anotarse que el proyecto de ley presentado tuvo hasta diciembre del año 2007 una urgencia simple. A partir del presente año 2008 *no tiene urgencia alguna* que “obligue” a su discusión por el Senado, ya que se encuentra en el primer trámite legislativo<sup>38</sup>. Es necesario recordar que el fallo de la Corte IDH fue emitido en el año 2005 y hasta la presente fecha, *casi cuatro años después*, aún no se le da cumplimiento.

En lo pertinente, la Corte IDH resolvió:

“269

Por tanto,

La Corte (...)

Y dispone:

Por unanimidad, que:

14. El Estado debe adecuar, en un *plazo razonable*, el ordenamiento jurídico interno a los *estándares internacionales sobre juris-*

<sup>37</sup> Dicho proyecto, designado en su tramitación legislativa con el número de boletín 5.159-07, se encuentra en el primer trámite constitucional en el Senado. Para más detalle puede dirigirse a [http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5159-07](http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5159-07), visitada el 5 de junio de 2008.

<sup>38</sup> CONGRESO NACIONAL, Asistente legislativo, [http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5159-07](http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5159-07), visitada el 5 de junio de 2008.

*dicción penal militar*, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, *límites a la competencia material y personal de los tribunales militares*, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.

15. El Estado debe *garantizar el debido proceso* en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares, en los términos de el párrafo 257 de la presente Sentencia”<sup>39</sup>.

La obligación que enfrenta el Estado de Chile se traduce en adecuar nuestro *CJM* a los mencionados estándares internacionales, de modo que se respeten las reglas del debido proceso como, asimismo, los límites a la competencia material y personal de los tribunales militares en tiempos de paz.

Del examen del citado proyecto de ley se puede observar que éste no se refiere en absoluto a la estructura y organización de los tribunales militares chilenos, ni al procedimiento penal contemplado en el *CJM*, el que, como lo destaca la sentencia de la Corte IDH, resulta contradictorio con las garantías básicas del debido proceso consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales. En sus palabras:

“El derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”<sup>40, 41</sup>.

<sup>39</sup> CORTE IDH (n. 2), párr. 269.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, párr. 167.

<sup>41</sup> Asimismo en el párrafo 170 la Corte IDH dijo: “La Corte considera que la referida normativa que establece como regla que en la jurisdicción penal militar chilena el sumario sea secreto, salvo las excepciones establecidas por la ley, es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c). Asimismo, la Corte observa que en el presente caso todas las

Ahora bien, el mencionado proyecto de ley procura hacerse cargo de lo resuelto por la Corte IDH en el sentido de dar un alcance restrictivo a la jurisdicción militar respecto de su competencia para juzgar a civiles. Sin embargo, *la propuesta presentada por el gobierno es insuficiente y claramente no acoge la jurisprudencia de la Corte IDH.*

En efecto, el *nuevo art. 3º* que se propone, establece que:

“Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre *los militares*, para juzgar los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional, *sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Código*”.

Como se observa, se establece, como principio general, que la competencia de los tribunales militares se limita al juzgamiento sólo de militares, si bien, a renglón seguido, se agrega que eso es: “sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Código”, *dejándose así abierta la posibilidad del juzgamiento de civiles*, como por lo demás, según veremos, lo plantea expresamente el mismo proyecto<sup>42</sup>.

En el mismo sentido, el *nuevo art. 5º* propuesto establece que: “Los tribunales militares son competentes para conocer: 1º De las causas por *delitos militares*, entendiéndose por tales delitos los contemplados en este Código, cuando sean *cometidos por militares*”. Como puede observarse, se mantiene un concepto formal y ficticio de delito militar, al declararse que se entiende que tienen este carácter, “los contemplados en este Código, cuando sean cometidos por militares”. Ya se dijo que la mayoría de los títulos del libro III del *CJM* contemplan delitos comunes, que no dejan de serlo por el hecho de que se cometan por militares.

En todo caso, *el propio art. 5º propuesto confiere competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles*. Así, el inc. 2º del N° 1º del art. 5º del *CJM* dispone que dichos tribunales: “Tendrán también competencia para conocer *en todos los casos* de los delitos establecidos en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 de este Código”. Se trata de los delitos de amenazas, lesiones y homicidio a carabineros en su calidad

---

actuaciones realizadas durante los procesos penales seguidos en contra del señor Palamara Iribarne por los tribunales militares fueron escritas”, en <http://www.corteidh.or.cr>

<sup>42</sup> Como se señala en las Conclusiones, la única forma de evitar que el legislador le otorgue competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles y a militares por delitos comunes, es estableciendo una cláusula en la Constitución, que limite la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos estrictamente militares.

de tales, que en caso de ser cometidos por civiles serían de conocimiento de los tribunales militares. Especial gravedad tiene el hecho de que el proyecto citado mantenga la competencia de los tribunales militares para juzgar a civiles por estos hechos. La relevancia social de esta situación deriva de la circunstancia de que se trata de actos más o menos frecuentes en la práctica, particularmente en los casos de amenazas y lesiones a Carabineros, acaecidas en el contexto de manifestaciones públicas reprimidas por la policía uniformada y de las que da cuenta este informe en diversas secciones. El juzgamiento, por tribunales militares, de civiles imputados por delitos cometidos en contra de Carabineros, constituye una manifiesta infracción de su derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial.

Por otra parte, estos tribunales también tienen competencia para conocer “De las infracciones contempladas en el Código Aeronáutico, sean cometidas por civiles o militares” (*Art. 5º. N° 6º del proyecto*).

Sobre el alcance de la jurisdicción penal militar, la Corte Europea de Derechos Humanos, citando la jurisprudencia de la Corte IDH (caso Durand Ugarte contra Perú, sentencia de 16 de agosto de 2000), sostiene que en un estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgarse a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>43</sup>. El mismo razonamiento se encuentra contenido en el párrafo 124 de la citada sentencia de la Corte IDH en el fallo Palamara contra Chile.

Finalmente, de acuerdo con el proyecto examinado, los tribunales militares serían competentes para conocer: “De las causas por *delitos comunes* cometidos por militares en el cumplimiento de una orden o en acto de servicio o en recintos militares”. En este punto el proyecto de ley no respeta lo señalado por la Corte IDH:

“La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes

---

<sup>43</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (n. 10), párr. 25 y CORTE IDH, Caso Durand Ugarte vs Perú, fallo de 16 de agosto de 2000, serie C N° 68, párr. 117, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_68\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_68_esp.doc)

jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado”<sup>44</sup>.

Como puede apreciarse, el proyecto del Ejecutivo está lejos, en verdad, de cumplir con la resolución de la Corte IDH, en cuanto a la necesidad de que el Estado chileno adecue su derecho interno a los estándares internacionales en materia de jurisdicción penal militar. Como ya se expresó, la Corte IDH estima que en caso de que se considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. La mayoría de los delitos a los que el proyecto del Ejecutivo considera delitos militares (los contemplados en el *CJM*) no lo son, y no califican, desde luego, como delitos de función.

Tampoco corresponden a esta categoría los delitos comunes cometidos por los militares, por ejemplo, en recintos militares.

En cuanto al juzgamiento de civiles, que el proyecto posibilita, la contradicción con la resolución de la Corte IDH es manifiesta:

“El estado –dice la Corte– debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que *en ninguna circunstancia*<sup>45</sup> un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares”<sup>46</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

- a) La normativa jurídica del Estado chileno sobre la jurisdicción penal militar contradice estructuralmente los estándares internacionales de derechos humanos, en aspectos tan relevantes como el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial y de acuerdo con un procedimiento que asegure las garantías del debido proceso.

---

<sup>44</sup> CORTE IDH (n. 2), párr. 132

<sup>45</sup> La única posibilidad de que un civil sea juzgado por los tribunales militares podría presentarse –de acuerdo con la doctrina penal mayoritaria– en el caso de participación de civiles como instigadores o cómplices de un delito militar.

<sup>46</sup> CORTE IDH (n. 2), párr. 14.

- b) La adecuación del sistema de administración de justicia penal militar a los estándares internacionales de derechos humanos requiere, por parte del Estado chileno:
1. Idealmente su supresión, por cuanto, como se ha señalado en el texto del capítulo, aunque la jurisdicción penal militar se limitara al conocimiento de los delitos propiamente castrense cometidos por militares, de todas formas resultaría afectado el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal imparcial.
  2. En caso de mantenerse esta jurisdicción especial, debiera reformarse integralmente el sistema de administración de justicia penal militar, para ponerlo a tono con
    - i) la evolución y desarrollo que han experimentado desde la dictación del *CJM* chileno (1925) a la fecha, el derecho internacional de los derechos humanos y la propia concepción y exigencias de la democracia y del estado de derecho;
    - ii) el desarrollo de las garantías penales sustantivas y procesales penales, de aplicación universal, en caso de cualquier imputación penal, incluidas las relativas a los delitos militares y
    - iii) con el progreso histórico del propio Derecho Penal Militar, que se ha traducido en la promulgación, durante la segunda mitad del siglo XX, de nuevos códigos de justicia militar en muchos países.
  3. Restringir la competencia de los tribunales militares al conocimiento de los delitos estrictamente militares cometidos por militares en servicio activo que infrinjan sus específicos deberes castrenses, y observándose un pleno respeto de los límites del *ius puniendi*, esto es, de las garantías penales propias de un estado democrático de derecho (en especial, los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes)<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> A este respecto debe tenerse presente que la “especialidad” del Derecho Penal Militar radica, precisamente, en su parte especial (esto es, en el objeto de la criminalización, a saber: los delitos militares), y no en su parte general, debiendo regir, por lo tanto, para los imputados por delitos castrenses las mismas garantías establecidas para todas las personas, en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la parte general de los códigos penales. Las “disposiciones generales” de un estatuto penal militar deben estar limitadas a la definición de algunos conceptos básicos de carácter técnico militar que integran los delitos militares y a la regulación de las penas de este carácter.

4. La restricción indicada debiera establecerse en la Constitución<sup>48</sup>. Obviamente, no basta que ella se encuentre consagrada en la ley, toda vez que otra ley, del mismo rango, podría atribuirle competencia a los tribunales militares para conocer de delitos comunes cometidos por militares o para juzgar a civiles.
5. Como antes se señaló, la tipificación de los delitos militares debe realizarse teniendo en consideración su correcto alcance jurídico penal, distinguiéndose tres categorías de infracciones, de acuerdo con la naturaleza de los deberes militares específicos quebrantados (delitos que consisten en la infracción de los deberes de los superiores y de los subordinados, y delitos que consisten en la infracción del deber de prestar el servicio militar).

En consecuencia, la reforma del Derecho Penal Militar chileno supone una completa revisión de nuestro *CJM*, con miras a:

- i) Eliminar los delitos que no constituyen auténticos delitos militares, como ocurre con los previstos en los títulos II, III, IV, VIII, IX y X del libro III del *CJM*, susceptibles todos ellos de cometerse por civiles, por lo que no representan la infracción de un deber militar específico. La calidad de militar del sujeto activo podría ser considerada, a lo más, una circunstancia agravante del correspondiente delito común, siempre que ello se encontrare justificado en un incremento del injusto o de la culpabilidad del hechor;
- ii) Reformular –tanto en lo relativo a la tipificación como al castigo– los auténticos delitos militares contemplados en

---

<sup>48</sup> El art. 117 de la Constitución española prescribe que: “La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”. El art. 103, párrafo 3º de la Constitución italiana dispone que, en tiempo de paz, los tribunales militares tienen jurisdicción tan solo para conocer de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas. Por su parte, la Constitución de Portugal limita el ejercicio de la jurisdicción militar castrense a “los delitos estrictamente militares” (art. 218). En nuestra región, la mayoría de las constituciones actualmente vigentes consagran la jurisdicción penal militar en tiempo de paz en términos restrictivos, limitada al conocimiento de los delitos “puramente militares”, “estrictamente militares” o “de función”. Coherentemente, las constituciones referidas excluyen, en forma expresa o implícita, de dicha jurisdicción el juzgamiento de los civiles, o lo permiten en ciertos casos excepcionales (en el caso, criticable, por cierto, de Perú, en los supuestos de traición a la patria y terrorismo).

los títulos V, VI y VII del *CJM* (motín, automutilización, evasión del servicio militar, abandono de servicio, abandono de destino o residencia, desertión, usurpación de atribuciones, abuso de autoridad, maltrato de obra a subordinados, desobediencia, ultraje a superiores), superando el casuismo de su actual regulación, sus errores dogmáticos y polítocriminales y la desproporción de las penas;

iii) Incorporar nuevas figuras delictivas que parecen necesarias para proteger apropiadamente la eficacia de las FF.AA al servicio de la protección de la seguridad exterior. Los principales vacíos que presenta a este respecto el *CJM* se relacionan con graves infracciones de los deberes de los superiores relativas al abuso o exceso de las facultades de mando y del poder disciplinario, y a la promoción o tolerancia con el maltrato o trato degradante inferido por los subordinados a otros soldados;

iv) Trazar una clara delimitación entre la responsabilidad penal y la disciplinaria, toda vez que no cualquier infracción de los deberes militares debe constituir un delito militar en un derecho penal presidido por el principio de la *última ratio*.

6. La jurisdicción penal militar debiera “judicializarse”, en los términos indicados en el texto de este capítulo, de modo de asegurar el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial<sup>49</sup>.
7. Debiera establecerse un procedimiento penal de corte acusatorio (en sustitución del inquisitivo actualmente vigente), consistente con las garantías del debido proceso consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos, de carácter público y oral, en términos de asegurar la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la inmediación y la concentración.
8. El proyecto de ley presentado recientemente por el gobierno de Chile, que modifica el *CJM*, resulta del todo insatisfactorio por cuanto no cumple, como se explicó, con los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia.

---

<sup>49</sup> La justicia militar debiera incorporar las figuras del juez de garantía y del tribunal oral militar, creando al interior de las FF.AA. una carrera judicial militar en términos de que se asegure el cumplimiento de las garantías de la independencia (interna y externa) y de la imparcialidad (tanto objetiva como subjetiva), mediante el establecimiento de jueces letrados sin subordinación al mando militar, que gocen de autonomía funcional y tengan asegurada la inamovilidad en sus cargos.



## DERECHOS DE LAS MINORÍAS SEXUALES

---

### ABSTRACT

Las minorías sexuales siguen siendo parte de aquellos grupos cuyos derechos son frecuentemente vulnerados. Sea porque sus problemas resultan invisibilizados para la opinión pública –sin lograr situar sus demandas en la agenda pública– sea por directa animadversión en su contra–como lo demuestran constantes casos de discriminación o violencia en su contra–, careciendo de una protección adecuada. Por tal razón, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos otorga una forma de protección reforzada a favor de estos grupos, precisamente debido a su vulnerabilidad. Esta forma de protección resulta aún más intensa tratándose las posibles formas de discriminación y violencia que las minorías sexuales puedan experimentar al interior de instituciones públicas tales como: las municipalidades, la policía o las FF.AA, de orden o seguridad. Debido a su engranaje al interior del Estado, toda institución pública se encuentra obligada a mantener una posición de absoluta neutralidad respecto de la orientación sexual de quienes las conforman. Al mismo tiempo, y sin perjuicio de su estatuto clerical, aquellas instituciones religiosas reconocidas por el Estado se ven constreñidas a respetar la igual dignidad y privacidad de quienes –sin querer dejar de ejercer sus creencias religiosas en comunidad– no están dispuestos a ser violentados en sus derechos civiles y políticos fundamentales.

En este capítulo se pasa revista a algunas de las principales violaciones a los derechos de las minorías sexuales en Chile. En particular, se presta atención a diversos casos de discriminación perpetrados bajo la orden o anuencia de instituciones públicas como Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile y a los dichos de ex funcionarios de las FF.AA. de Chile. Al mismo tiempo, se da cuenta de casos de discriminación que tienen lugar al interior de la Iglesia Católica de Chile y que pueden generar graves

efectos en la justificación de estereotipos negativos. Finalmente, se revisan casos graves de violencia física y verbal y algunos avances en materia legislativa en este tema.

**PALABRAS CLAVE:** discriminación; FF.AA., Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Iglesia Católica, violencia, avance legislativo.

#### DISCRIMINACIÓN EN LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Las FF.AA., de Orden y Seguridad, son cuerpos militares que cuentan con una particular organización. Dadas las características y objetivos de la institución, su reglamentación y organización interna se rige mediante un sistema basado en la jerarquía y en la estructura de mando. No obstante la existencia de esta regulación específica, y sin perjuicio de ciertos requisitos que deben ser cumplidos para pertenecer a la institución, esta normativa debe ser aplicada conforme a los preceptos constitucionales e internacionales correspondientes.

En efecto, cabe tener presente el principio de no discriminación consagrado en la Constitución Política de Chile (art. 19 N° 2) y que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha entendido como un principio fundamental e integrante del Derecho Internacional imperativo (*ius cogens*). En efecto, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cláusula de no discriminación se ha incluido en virtualmente en todos los instrumentos universales de protección de los derechos humanos.<sup>1</sup>

En el caso particular de Chile, la totalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados suponen su aplicación sobre la base del principio de no discriminación, aplicación que es obligatoria para el Estado conforme a lo estipulado en el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental. Este artículo reconoce como límite al ejercicio de la soberanía

“el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución,

---

<sup>1</sup> Patricia PALACIOS ZULOAGA, *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de discriminación*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2006, p. 25.

así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>2</sup>.

En palabras del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

“[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”<sup>3</sup>,

por lo tanto, parte integrante de ese límite al ejercicio de la soberanía a que se refiere el precepto constitucional recién transcrito.

Durante el año 2007 se produjeron ciertos episodios de discriminación al interior de las fuerzas de seguridad, tanto en las fuerzas de carácter interno (Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería) como también en las encargadas de la seguridad exterior (FF. AA.). Lo anterior daría cuenta de dificultades al interior de estas instituciones públicas por cumplir debidamente con el mandato constitucional de no discriminación en general, y en particular respecto de las minorías sexuales que forman legítimamente parte de ellas.

### *Carabineros de Chile*

La LOCC, establece en su artículo 1° que: “Carabineros de Chile, es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho (...)”<sup>4</sup>. A su vez, el artículo 9° de la citada ley determina los requisitos para pertenecer a la planta de la institución.

“Se requiere se chileno, tener salud compatible con el ejercicio del cargo, haber aprobado la educación básica y poseer nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo le corresponde, no haber sido condenado ni encontrarse declarado reo por resolución judicial ejecu-

---

<sup>2</sup> *Constitución Política de la República de Chile*, artículo 5 inc. 2.

<sup>3</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación general N° 18. No discriminación. 1989, párrafo 1, en <http://www.un.org>

<sup>4</sup> Ley N° 18.961. Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile. Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 7 de marzo de 1990, artículo 1.

riada en proceso por crimen o simple delito y no haber cesado en un cargo público por medida disciplinaria o calificación deficiente”<sup>5</sup>.

A efectos de la asignación de grados y calificaciones, por otra parte, el desempeño de sus funcionarios se mide conforme a criterios propios de la organización jerárquica. Así, el artículo 22° de la LOCC establece que:

“el desempeño se evaluará a través de un sistema de calificación y clasificación (...) los órganos de selección y apelación competentes son soberanos en cuanto a las apreciaciones que emitan sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a Carabineros la revisión de los fundamentos de sus decisiones”<sup>6</sup>.

La norma es perentoria al excluir del análisis de la calificación, a cualquier otro organismo distinto de Carabineros. Sin embargo, es preciso compatibilizar esta reglamentación particular con los derechos de los funcionarios consagrados en el ámbito constitucional. En otras palabras, esta calificación no debería ser realizada en contravención a los derechos esenciales de los funcionarios, de los cuales gozan al igual que cualquier otra persona, mientras se desempeñan en su institución. En el caso en comento, en particular, ocurre que una vez al año se califican a los funcionarios de Carabineros, no pudiendo, en caso de una calificación arbitraria, solicitar a una instancia independiente la revisión de dicha decisión. Una mala calificación, por lo demás, puede traducirse en el retiro absoluto de la entidad. El artículo 43° de la LOCC, en su letra d), establece como causal de retiro absoluto de la persona de las filas el “haber sido eliminado por lista de clasificación o sanción disciplinaria de carácter expulsivo, en proceso administrativo”<sup>7</sup>.

Conforme a la legislación analizada, si bien no existen causales que impidan a personas pertenecientes a minorías sexuales el ingreso o la mantención al interior de la institución, nada obsta que mediante el sistema de calificación sean excluidas de Carabineros de Chile,

---

<sup>5</sup> Ley N° 18.961... (n. 4), artículo 9.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, artículo 21.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, artículo 43.

sobre todo cuando esa calificación se realiza sin posibilidades de revisión, y cuando las instancias que eventualmente podría controlar la constitucionalidad de las mismas, se han negado a hacerlo<sup>8</sup>. Algunos casos que surgieron a la luz pública durante 2007 así lo demuestran.

Durante este año se tuvo conocimiento del caso de los carabineros Víctor Rivas y Armando Salgado, quienes con fecha 29 de mayo de 2007 fueron obligados a renunciar luego de que se tuviera conocimiento de que mantenían una relación de pareja<sup>9</sup>. Las presiones se habrían manifestado a través de hostigamientos, indicándoles que “esta era una institución bien machita y que para tapar todo y para que nadie supiera, firmara mi baja voluntaria”<sup>10</sup>, y amenazas, tales como indicarles que iban a hacer pública su condición. Según declaraciones de las víctimas, se les habría dicho que: “Le vamos a contar a tu familia, te va a ir mal en la vida civil y no vas a poder hacer nada afuera”<sup>11</sup>. Esas amenazas, que habrían sido efectuadas de parte del personal superior de la 11<sup>a</sup> comisaría en la población Santa Adriana, habrían tenido lugar en el contexto de un hostigamiento generalizado de los demás miembros de Carabineros, según relataron las víctimas<sup>12</sup>. En efecto, la información relativa a la relación que sostenían Víctor Rivas y Armando Salgado habría sido obtenida, y puesta en conocimiento de las autoridades superiores de las comisarías en las que ambos trabajaban, por la Dirección de Inteligencia Policial<sup>13</sup>. La publicidad de este caso trajo aparejada la denuncia de dos carabineros que habrían sido expulsados en 2005 en similares circunstancias.

---

<sup>8</sup> Un ejemplo de ello son los recursos rechazados: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, recurso de protección, caratulado Patricio Valencia Abarca con director general de Carabineros, rol 602-94, 22 de marzo de 1944. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, recurso de protección, caratulado Hugo Matus Miranda con contralor regional Sexta Región, rol 729-93, 26 de mayo de 1993. Véase, también, CIDH, Caso N° 12,2137, informe N° 57/03, OEA Ser L/V/II 118 Doc. 70 rev2 en 191 (2003).

<sup>9</sup> “El Destape en los Cuarteles,” en *La Nación*, 3 de diciembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071013/pags/20071013202114.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071013/pags/20071013202114.html), visitado el 3 de diciembre de 2007.

<sup>10</sup> “Expulsaron a 2 policías por ser gays,” en *Terra.cl*, en: <http://www.terra.com/todo-gay/articulo/html/vid2876.htm>, visitado el 3 de diciembre de 2007.

<sup>11</sup> “Carabineros denunciaron haber sido expulsados por ser homosexuales,” en *La Tercera*, 3 de diciembre de 2007, en [http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255\\_666\\_304207960,00.html](http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_666_304207960,00.html), visitado el 3 de diciembre de 2007.

<sup>12</sup> “El amor prohibido que sacudió los cuarteles,” en *The Clinic*, Santiago, 10 de julio de 2008.

<sup>13</sup> *Ibid.*

En el caso de los carabineros Víctor Rivas y Armando Salgado, su situación generó un pronunciamiento formal por parte del entonces general director de Carabineros de Chile, quien expresó, en primer término, que no había existido presión hacia estos carabineros para que abandonaran la institución por sus opciones sexuales, ya que el reglamento de Carabineros no contemplaba esta situación<sup>14</sup>. Indicó, además, que “Carabineros no discrimina”<sup>15</sup> y que los sujetos en cuestión renunciaron de manera voluntaria, agregando que: “si estimaron que los estaban presionando, no debieron haber firmado su baja”<sup>16</sup>. En sentido similar la subsecretaria de Carabineros, Javiera Blanco, señaló que:

“no hay ninguna norma en Carabineros haga alusión a la condición sexual. No podría haberla tampoco por que sería ilegal, inconstitucional, que se refiera a las tendencias particulares de las personas”<sup>17</sup>.

El caso, evidentemente, llama la atención sobre la forma en que operan y se utilizan las bajas institucionales y respecto a la amplia discrecionalidad que opera en ellas. Lo anterior, evidentemente, no se resuelve por vía de apelar a que las normas no se basan expresamente en criterios discriminatorios.

Finalmente, se resolvió otorgar a los afectados una beca para cursar una carrera, sin perjuicio de su derecho a solicitar su reincorporación, enfatizando que dicho beneficio no constituía una medida reparatoria<sup>18</sup>.

La aplicación de bajas institucionales como mecanismo de represalia a situaciones no toleradas al interior de Carabineros, no es nueva y ha sido denunciada en informes anteriores. Sólo a modo de ilustración cabe mencionar el caso de algunos carabineros que fueron dados de baja porque sus mujeres salieron a la calle a protestar por los malos sueldos que sus maridos recibían. La Clínica de Dere-

---

<sup>14</sup> “General Bernaldes afirma ‘Carabineros no discrimina’ ante caso de ex policías gay”, en *Emol*, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detalenoticias.asp?idnoticia=278271>, visitado el 3 de diciembre de 2007.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> “Ex carabineros homosexuales recibirán beca del Mineduc y pedirán reincorporación”, en *La Tercera*, en [http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255\\_5666\\_307812832,00.html](http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_5666_307812832,00.html), visitado el 2 de noviembre de 2007.

chos Humanos y Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales agotó las instancias internas sin resultados positivos. El 20 de diciembre del año 1999, la Clínica, en conjunto con el CEJIL, denunciaron al Estado de Chile por violar los derechos a la vida privada y familiar, a la igualdad y a un recurso judicial efectivo<sup>19</sup>. Tras diez años de litigio, nacional e internacional, el caso aún no ha logrado ser resuelto y en la actualidad se espera un pronunciamiento de fondo por parte de la CIDH<sup>20</sup>.

### *Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile*

El problema analizado en el acápite anterior no es un hecho exclusivo de la institución de Carabineros de Chile, advirtiéndose situaciones similares de discriminación al interior de la Policía de Investigaciones y Gendarmería. Al igual como se estableció para el caso de Carabineros, no existe ni en la Policía<sup>21</sup> ni en Gendarmería de Chile<sup>22</sup> requisitos discriminatorios expresos para el ingreso y para la mantención del empleo.

Sin perjuicio de ello, durante el año 2007 dos situaciones dan cuenta de la desvinculación del personal en relación con su opción sexual. A este respecto, en octubre de 2007 se conoció la expulsión de un ex subcomisario de la Policía, César Contreras, quien había sido apartado de la institución en 2006. A pesar de contar con quince años de servicio en la Brigada de Investigación Criminal de Conchalí, fue informado que el Departamento de Asuntos Internos y Comisión de Ética de la Policía había determinado su expulsión, basada en que el afectado tenía en su poder pornografía infantil, en circunstancias tales que César Contreras asegura que esta pornografía tenía el carácter de homosexual (no infantil). Ante esta situación, recurrió a la Contraloría General de la República, la que en enero de 2008 resolvió que la Policía de Investigaciones no estaba facultada para determinar conductas morales de sus subalternos, lo que fue contro-

---

<sup>19</sup> CIDH, Caso N° 12.195, Mario Alberto Jara Oñate y otros *vs.* Chile y caso N° 12.281, Gilda Rosario Pizarro Jiménez, en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

<sup>20</sup> El caso ya ha sido declarado admisible por la CIDH. Al mismo tiempo, ha existido tratativas encaminadas a lograr una solución amistosa entre el Estado de Chile y las víctimas, pero sin llegar a acuerdo hasta el cierre de esta edición.

<sup>21</sup> Requisitos disponibles en <http://www.escipol.cl/spa/admision/admision.html>, visitada el 2 de enero de 2008.

<sup>22</sup> Requisitos disponibles en <http://www.gendarmeria.cl/>, visitada el 2 de enero de 2008.

vertido por esta Institución al señalar que: “el dictamen emitido por la Contraloría General de la República no se refiere a su caso y que el sumario interno [había demostrado] que hay razones fundadas para su remoción”<sup>23</sup>.

De acuerdo con la Policía de Investigaciones de Chile, la expulsión de César Contreras se encontraba justificada por la perpetración de actos sexuales ilícitos, denuncia que fue desechada al no lograrse acreditar la veracidad de los hechos imputados. El 8 de febrero de 2008, el vocero de la Policía de Investigaciones, Carlos González, señaló que Contreras no sería reincorporado a la institución, puesto que: “su expulsión se basa en la trasgresión a la normativa institucional y en ningún caso se relaciona con su orientación sexual”<sup>24</sup>.

En relación con Gendarmería de Chile el caso es aún más complejo, puesto que no sólo se denuncia la existencia de una discriminación en contra de una persona perteneciente a una minoría sexual sino que dicha conducta viene acompañada de la realización de una acusación en su contra, fundada en el supuesto acoso sexual que esta persona habría tenido con dos reclusos<sup>25</sup>.

Las situaciones anteriormente expuestas provocaron la reacción del presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, Sergio Aguiló, quien por medio de una declaración pública señaló que:

“[e]stamos hablando de funcionarios jóvenes muy bien calificados, de conducta intachable, son funcionarios con una gran vocación. Se detectó que estos funcionarios tenían una orientación homosexual y en base a aquello se les condenó y presionó para que ellos abandonaran voluntariamente la institución”<sup>26</sup>.

La Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados concluyó que en los casos denunciados “hubo discriminación y vio-

<sup>23</sup> “Investigaciones: Dictamen de Contraloría no corresponde a detective gay expulsado”, en *Emol*, en [http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?id\\_noticia=291808](http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?id_noticia=291808), visitada el 25 de febrero de 2008.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> “Movilh denuncia casos de discriminación laboral contra homosexuales”, en *El Mostrador*, 2 de junio de 2007, disponible en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=217455](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=217455), visitada el 2 de junio de 2007.

<sup>26</sup> “Rotundo apoyo de Comisión de Cámara de Diputados a gays expulsados de las policías y gendarmería”, en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=533&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=533&Itemid=1), visitada el 10 de diciembre de 2007.



lación a derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales”<sup>27</sup>, por lo que citó a declarar a los entonces directores generales de Investigaciones, Carabineros y Gendarmería; Arturo Herrera, José Bernales y Alejandro Jiménez, respectivamente, y al ministro de Defensa, José Goñi. Los citados, a su vez, reafirmaron que las circunstancias que rodearon las bajas de la institución no tenían rasgos discriminatorios.

Para el presidente del MOVILH, Rolando Jiménez, los casos ocurridos dan cuenta de una práctica más o menos sistemática al interior de instituciones de orden y seguridad. Según señala:

“cuando se descubre que alguien es homosexual: el ‘sospechoso’ es citado por sus superiores, quienes lo presionan a firmar ‘una baja voluntaria.’ De no firmar, se amenaza a los afectados con visibilizar su orientación sexual ante sus familiares y con un hostigamiento permanente en la institución en caso de que decidan permanecer allí”<sup>28</sup>.

*Declaraciones de ex funcionarios de las FFAA.*

Durante el año 2007, y a consecuencia de los hechos denunciados en los casos de Carabineros y Policía de Investigaciones, descritos anteriormente, ex altos mandos de la Armada realizaron una serie de declaraciones abiertamente discriminatorias. El ex comandante en jefe de la Armada, Miguel Ángel Vergara, señaló que:

“permitir el ingreso de quienes reclaman un supuesto derecho a conductas homosexuales, no sólo inflige una injusticia a la inmensa mayoría de los uniformados, sino que es una amenaza a su disciplina y eficiencia (...) una persona incapaz de controlar sus desviadas conductas sexuales, mal podría ser garantía de autocontrol en situación donde está en juego la propia vida (...) tampoco es válido el argumento de separar las conductas del ámbito privado de las del ámbito profesional, pues la persona es una e integral. Se es moral las 24 horas o simplemente se es inmoral”<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> “Rotundo apoyo...” (n. 26).

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Miguel Ángel Vergara, *El Mercurio*, Valparaíso, 31 de octubre de 2007.

Estas declaraciones fueron respaldadas por el Cuerpo de Almirantes y Generales de las FF.AA. y Carabineros en Retiro de Valparaíso, quienes expusieron que:

“se hace un deber ante la opinión pública nacional el dar el más absoluto apoyo a lo dicho por el Almirante Vergara. Manifestamos, además, el total, completo e irrestricto acuerdo con los conceptos vertidos por éste, especialmente en cuanto a la imprescindibilidad (sic) atinente a la elevada e indivisible ética que debe ser característica fundamental del temple del hombre de armas que ha jurado dar la vida por la patria”<sup>30</sup>.

Estas declaraciones resultan preocupantes, toda vez que pueden dar cuenta de una percepción al interior de las fuerzas armadas respecto a una naturaleza de las personas pertenecientes a minorías sexuales, asimilada o asociada a conductas desviadas, comportamiento ilícito y falta de rectitud.

#### IGLESIA CATÓLICA Y MINORÍAS SEXUALES

El *Código al Trabajo* de la República de Chile establece en su artículo 2° que:

“[s]on contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

En el ámbito internacional, por su parte, el derecho al trabajo se encuentra regulado en los mismos términos, vale decir, supeditando su ejercicio al respeto del derecho a la igualdad. La observación general N° 18 del Comité DESC, establece que una de las características de la accesibilidad del trabajo supone la prohibición de:

---

<sup>30</sup> “Homosexuales y Fuerzas Armadas”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de noviembre de 2007.

“toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (...), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible”<sup>31</sup>.

Agrega que, conforme al artículo 2 del Convenio N° 111 de la OIT, los Estados-partes deben

“formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”<sup>32</sup>.

En abril de 2007, el obispo de San Bernardo, Juan Ignacio González Errázuriz, y el vicario para la educación, René Aguilera Colinier, habrían sido informados sobre la condición sexual de Sandra Pávez, profesora de Religión que hace veintidós años trabaja en el colegio municipal Cardenal Antonio Samoré. Ante esta noticia, las autoridades mencionadas habrían procedido a confrontar a la docente, la que admitió públicamente su condición de lesbiana. La respuesta de las autoridades religiosas fue inmediata, exigiéndole vivir en celibato y someterse a un tratamiento psicológico con profesionales de la iglesia en cuestión, a objeto de mantener su empleo. Producto de la negativa a los requerimientos formulados, el 13 de agosto de 2007 se le revocó su certificado de idoneidad<sup>33</sup>.

El otorgamiento del *certificado de idoneidad* está regulado en el DL N° 924, del Ministerio de Educación, el que unifica los criterios de enseñanza de los distintos credos religiosos en el territorio nacional, estableciendo las bases principales sobre las que se permiten las cá-

---

<sup>31</sup> COMITÉ DESC, Observación general N° 18. Derecho al trabajo, párrafo I.b.i., en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Citado en MOVILH, “VI Informe Anual. Derechos Humanos. Minorías sexuales chilenas. Hechos 2007”, en <http://www.movilh.cl/documentos/VI-INFORMEANUAL-ddhh2007.pdf>, p. 74.

tedras de Religión. Todos aquellos docentes de Religión que deseen ejercer la profesión, deben estar en posesión de este certificado. En efecto, el artículo 9° del DL N° 924 señala que:

“[e]l profesor de religión, para ejercer como tal, deberá estar en posición de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponde, cuya validez durará mientras esta no revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir de dicho cargo”<sup>34</sup>.

En este sentido, la autoridad religiosa tiene plena potestad para otorgar y revocar el certificado en cuestión, sin que exista en el DL mencionado o en la legislación chilena, normativa que contemple causales claras de revocación ni tampoco un procedimiento para ello. La situación se agudiza al verificar la inexistencia de una definición vaga de lo que constituye lo idóneo, quedando su determinación a la discrecionalidad de la autoridad.

En el caso en comento, una vez revocado el certificado de idoneidad por su condición sexual, la docente interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel. Buscaba que se declarara que la actuación de las autoridades religiosas había sido arbitraria e ilegal, al impedirle realizar su trabajo en razón de su opción sexual. La recurrente argumentó que se había violado la Constitución Política de la República de Chile, que reconoce el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (19 N° 4); la libertad de trabajo (19 N° 16); y su derecho a la igualdad y no discriminación (19 N° 2). Argumentó, también, la violación de las normas internacionales contenidas en la CADH<sup>35</sup>, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>36</sup> y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>37</sup>. Como consecuencia de este recurso Sandra Pávez habría recibido una serie de presiones por parte del obispo de San Bernardo para desistirse del recurso, quien, incluso, le habría ofre-

---

<sup>34</sup> DL 924 que reglamenta las clases de Religión en establecimientos educacionales y norma la docencia, 1975, en [www.minieduc.cl](http://www.minieduc.cl)

<sup>35</sup> CADH, Costa Rica, 1985. Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 26 de noviembre de 1988.

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 1966. Publicado en el *Diario Oficial*, Santiago, 29 de abril de 1989.

<sup>37</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Nueva York, 1966. Publicado en el *Diario Oficial*, Santiago, el 27 de mayo de 1989.

cido una beca para estudiar Pedagogía Básica<sup>38</sup>. La Corte de Apelaciones de San Miguel solicitó a la Iglesia Católica que informara las condiciones que determinaron la revocación del certificado. Con esa información la Corte rechazó el recurso de protección, argumentando que el actuar de las autoridades religiosas no ha sido arbitrario o ilegal, ya que se desprende de una facultad otorgada por el legislador<sup>39</sup>. Consigna, además, en su sentencia, que:

“el Decreto 924 debe relacionarse a su vez, con las normas contenidas en los artículos 803, 804, 805 y 806 del Código de Derecho Canónico en cuanto a este último cuerpo legal consagra la facultad de la Iglesia Católica y sus autoridades para fijar las directrices necesarias en el ámbito de la difusión de la fe católica, tanto en cuanto a su contenido como a la idoneidad de las personas encargadas de la enseñanza de la doctrina de la Iglesia”<sup>40</sup>.

Al igual que en muchos otros casos de recursos de protección, los sentenciadores no se refirieron a los derechos invocados por la actora, menos a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que importan una estricta aplicación de la cláusula de no discriminación.

Ante estos hechos, monseñor Juan Ignacio González Errázuriz envió a los profesores de Religión una carta pastoral en la que explicaba la decisión tomada por la Iglesia, señalando, además –y en relación con lo acontecido– que: “la juventud esta presa del pensamiento liberal, en donde se derriba cualquier tipo de regulación moral del comportamiento”<sup>41</sup>. Agrega que, de la mano de este pensamiento, se llega “a la defensa abierta de la moralidad de las uniones

---

<sup>38</sup> “Denuncian brutal presión de obispo sobre profesora lesbiana para que retire recurso de protección”, en [www.puntogay.cl/Nacional/191.html](http://www.puntogay.cl/Nacional/191.html), visitada el 4 de septiembre de 2007.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Recurso de protección Sandra Pavez con René Aguilar Colimier, Vicaría para la Educación, 27 de noviembre de 2007. “La propia legislación aplicable en la especie, faculta al órgano religioso correspondiente para que otorgue y revoque la autorización que se ha de conceder de acuerdo con sus particulares principios religiosos morales y filosóficos (considerando 8º)”.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Monseñor Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, “Carta Pastoral a los profesores de Religión”, 19 de marzo de 2004. Párrafo 6 (en poder de los autores de este informe).

homosexuales”<sup>42</sup>. En este sentido, la vida del profesor de Religión debe encontrarse “en relación directa con la vivencia personal de su fe, junto con una adición sin restricción alguna a las verdades que enseña”<sup>43</sup>.

Así, a la luz del fallo de la Corte de Apelaciones en este caso, sería posible identificar una doble normativa en materia de derecho a la educación y derecho al trabajo. Por una parte, la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Chile relacionan el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación con los derechos nombrados, en términos tales que no es posible realizar diferenciaciones arbitrarias en el ejercicio de éstos en el ámbito civil. Por otra parte, en materia de jurisdicción religiosa, y a pesar de los estándares obligatorios contenidos en la legislación común, es tanto posible como legítimo realizar distinciones arbitrarias en perjuicio de ciertas personas o grupos, fundándose en criterios prohibidos a la luz de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte de Apelaciones de San Miguel desatiende así el mandato constitucional de secularidad, consagrado constitucionalmente en Chile desde 1925<sup>44</sup>, en términos tales que invisibiliza la división entre el Estado y la Iglesia Católica. Legítima, así, la superposición de los postulados del Derecho Canónico en los programas de educación de credos religiosos, regulados por disposiciones de Derecho Público.

Otros acontecimientos importantes de consignar en relación con la Iglesia se evidencian en algunas declaraciones que las autoridades religiosas han emitido en los años anteriores. El arzobispo de La Serena, monseñor Manuel Donoso, señaló –frente al reconocimiento de las minorías sexuales como familia por parte de la Corte de Apelaciones de esa ciudad– que “se trataba de un error”<sup>45</sup>. En relación con la creación de un pacto de unión civil para parejas del mismo sexo, el arzobispo de Santiago, cardenal Francisco Javier Errázuriz, indicó que: “siempre nos ha parecido una aberración llamar matri-

---

<sup>42</sup> GONZÁLEZ ERRÁZURIZ (n. 41).

<sup>43</sup> *Op. cit.*, párrafo 9.

<sup>44</sup> Carlos SALINAS, Máximo PACHECO GÓMEZ, “La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana: Con la colaboración de Jaime Muñoz Sandoval y Cristóbal García-Huidobro Becerra”, en *Revista de Estudios. Histórico-jurídicos*, N° 27, 2005, pp. 562-564, en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716), visitado el 20 de mayo de 2008.

<sup>45</sup> MOVILH (n. 33), pp. 48 y 60.

monio a la unión de personas del mismo sexo”<sup>46</sup>. Posteriormente, manifestó que: “si se abandona el derecho natural, no veo cual puede ser el criterio para no regresar a la poligamia y a la poliandra o para no llamar matrimonio a uniones de una mujer con cinco hombres y dos mujeres”<sup>47</sup>. Declaraciones del mismo tenor provinieron desde el mundo evangélico donde, producto de la exhibición de una película que trataba sobre la realidad homosexual. El pastor Alberto Quezada señaló que se trataba de “un atentado a la moral, una suciedad”, agregando que “la homosexualidad no es una condición ni una opción, es una desviación”<sup>48</sup>.

Como contrapunto positivo a esta posición religiosa que desvaloriza abiertamente la diversidad sexual, resulta interesante consignar que conforme a un estudio recientemente efectuado por Ekhos y *La Nación* Domingo, se determinó que el 59,4% de los encuestados no tenía inconvenientes en que sus hijos recibieran educación por parte de personas homosexuales<sup>49</sup>, lo que evidencia un importante grado de apertura de los y las chilenas, a diferencia de las declaraciones oficiales de la Iglesia Católica al respecto.

#### DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA EDUCACIÓN

##### *Discriminación en el desarrollo de actividades económicas: El caso de Claudia Espinoza*

En el mes de junio de 2008, la transexual Claudia Espinoza Araya concurrió a la Municipalidad de Independencia, Santiago, con la finalidad de solicitar un permiso municipal para desempeñar su trabajo de comerciante ambulante. En dicha oportunidad, el alcalde de Independencia, Antonio Garrido Mardones, habría negado el permiso respectivo, agredido verbalmente a Claudia Espinoza por su opción sexual,

<sup>46</sup> Cardenal Francisco Javier Errázuriz, citado en [http://209.85.207.104/search?q=cache:qdt3AKZCqLsJ:www.jesus.cl/iglesia/paso\\_iglesia/recortes/recorte.php%3Fid%3D6026+siempre+nos+ha+parecido+una+aberraci%C3%B3n+llamar+matrimonio+a+la+uni%C3%B3n+de+personas+del+mismo+sexo&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=cl](http://209.85.207.104/search?q=cache:qdt3AKZCqLsJ:www.jesus.cl/iglesia/paso_iglesia/recortes/recorte.php%3Fid%3D6026+siempre+nos+ha+parecido+una+aberraci%C3%B3n+llamar+matrimonio+a+la+uni%C3%B3n+de+personas+del+mismo+sexo&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=cl), visitada el 1 de enero de 2008.

<sup>47</sup> Cardenal Francisco Javier Errázuriz... (n. 46)

<sup>48</sup> “Evangélicos furibundos por película gay penquista,” en *Las Últimas Noticias*, Santiago 16 de junio de 2007.

<sup>49</sup> Matrimonios Gay: España hace su diagnóstico y en Chile crece la aprobación a la unión legal, e <http://acciongay.cl/?p=57>. Visitada el 10 de febrero de 2008.

señalando que las transexuales son un mal ejemplo para los niños si circulan por la calle con vestimentas acordes a su identidad<sup>50</sup>.

Ante la denuncia de la víctima por dichos efectuados, el alcalde de Independencia declaró a la prensa nacional:

“si yo quiero le doy permiso al mariconcito (...) A mí no me molesta quién sea. Pero no me parece que venga un hombre vestido de mujer (...) De otra manera me parece un mal ejemplo para los niños y para todos”<sup>51</sup>.

Frente a tales declaraciones, la Clínica de Derechos Humanos e Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, junto con el MOVIIHL, interpusieron un recurso de protección en favor de Claudia Espinoza y en contra de Antonio Garrido Mardones, reclamando que la negativa del alcalde, de otorgarle el permiso municipal, vulneraba la libertad de trabajo, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el principio de no discriminación. Asimismo, la manera cómo el alcalde había expresado la negativa y el modo de referirse a Claudia constituían claras afectaciones a su honra.

Si bien la facultad del alcalde para otorgar permisos es discrecional, eso no implica que no deba fundamentar sus decisiones y explicar los motivos de sus rechazos. En este caso, los motivos no sólo fueron arbitrarios (carentes de justificación) sino que se fundaron en un prejuicio personal del alcalde, quien entiende que las personas con una opción sexual distinta a la suya no pueden desempeñar un trabajo legal.

El recurso de protección fue presentado el lunes 7 de julio de 2008 ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el 4398-2008. La Corte, el 9 de julio, refiriéndose a la admisibilidad de la acción indicó que:

“los hechos descritos en la presentación (...) y las peticiones que se formulan a esta Corte, son ajenos a las materias que

<sup>50</sup> “Alcalde obliga a transexual a masculinizarse”, en <http://www.opusgay.cl/1315/article-82438.html>, visitada el 25 de junio de 2008.

<sup>51</sup> “Colibrí denuncia basureo del alcalde Garrido: ‘gritó isaquen esta w... de aquí!’”, en *La Cuarta*, en [http://www.lacuarta.cl/contenido/63\\_11326\\_9.shtml](http://www.lacuarta.cl/contenido/63_11326_9.shtml), visitada el 25 de junio de 2008; “Brutal: El edil de independencia exige a mujer transexual que se masculinice para transitar por calles”, en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=614&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=614&Itemid=1), visitada el 25 de junio de 2008.



deben ser conocidas por el recurso de protección, atendida su naturaleza cautelar, condiciones en la que tiene aplicación la norma de inadmisibilidad establecida en el N° 2 del auto acordado respectivo, por lo que no será admitida a tramitación”<sup>52</sup>.

Ante esta resolución, la Clínica interpuso, el 11 de julio de 2008, un recurso de reposición, alegando que pese al carácter precario del permiso municipal, toda decisión administrativa debe ser fundada y no puede vulnerar derechos fundamentales. La Corte de Apelaciones el 15 de julio acogió la reposición y ordenó al alcalde de Independencia a informar dentro del término de cinco días<sup>53</sup>.

### *Hostigamiento y expulsión de minorías sexuales al interior de recintos educacionales*

En este mismo sentido, este año hemos tenido conocimiento del hostigamiento que sufren las minorías sexuales al interior de los establecimientos de educación. Los hechos a los que se ha tenido acceso muestran el caso de alumnos que reciben sanciones que van desde un trato desigual hasta la expulsión del establecimiento educacional en cuestión. En efecto, durante el año 2007 una alumna del instituto politécnico San Miguel Arcángel habría sido continuamente hostigada por la dirección del establecimiento por el hecho de ser lesbiana. Según trascendió a la prensa, la directora la presionaba a tener relaciones con otros hombres y se le aconsejaba a sus compañeras no tener contacto con ella. Posteriormente, se le canceló la matrícula para el año 2008<sup>54</sup>, decisión que fue finalmente revocada en enero de 2008<sup>55</sup>.

Una situación semejante se produjo en agosto de 2007, cuando un estudiante de la Academia Politécnica Naval fue expulsado al conocerse, luego de ser sometido a interrogatorios, su opción sexual, no

---

<sup>52</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Recurso de protección, rol 4398-2008.

<sup>53</sup> Al cierre de la edición de este *Informe...* el recurso de protección había sido declarado admisible y se esperaba informe de parte del recurrido.

<sup>54</sup> “Joven lesbiana denuncia expulsión y discriminación en liceo católico”, en *El Mostrador*, 28 de diciembre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=236758](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=236758), visitada el 1 de enero de 2008.

<sup>55</sup> “Nuevo triunfo: reintegran a colegio a alumna expulsada por lesbiana”, en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=566&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=566&Itemid=1), visitada el 12 de enero de 2008.

obstante tener una conducta acorde con las exigencias disciplinarias requeridas<sup>56</sup>.

En ambos casos, las consecuencias fueron similares después de conocerse sus preferencias sexuales: los alumnos fueron apartados de sus centros educacionales, pese a que sus calificaciones y comportamiento eran adecuados. Resulta, por lo demás, preocupante el hecho de que no sólo se les sanciona con la expulsión del centro de educación (medida más intensa y grave) sino, también, que fueran objeto, durante un largo período, de hostigamientos de distinta índole (de parte de esos mismos establecimientos). A este respecto, la alumna indicada habría recibido constantes llamados telefónicos de la dirección del colegio y era acusada de hostigar a sus compañeras, sólo por caminar de la mano con las mismas, en circunstancias tales que, si bien éste es un comportamiento propio de la juventud, la única que recibió sanción fue la alumna lesbiana<sup>57</sup>. En el segundo caso, se habría presionado al alumno para que confesase su homosexualidad, obligándole a firmar su renuncia<sup>58</sup>.

#### *Problemas de acceso y despido de trabajo para minorías sexuales*

En marzo de 2007, una funcionaria de una empresa privada, Sodexo, habría sido despedida de manera intempestiva, al tenerse noticias de su membresía sexual. El caso en comento es particularmente relevante puesto que, en el acto de la remoción, se reconoce expresamente por parte de los superiores de la mujer en cuestión que el despido tuvo como causa la orientación sexual. En efecto, como indica el MOVILH, ella fue “despedida por ser lesbiana”<sup>59</sup>. Ante esta situación la persona afectada interpuso una denuncia, la que se constituiría como la primera de su tipo por discriminación laboral basada en la opción sexual de una mujer<sup>60</sup>. Lamentablemente, y por consideraciones personales de la actora, la demanda fue luego desestimada.

---

<sup>56</sup> MOVILH (n. 33), p. 48.

<sup>57</sup> “Joven denunció que colegio le negó matrícula por lesbiana”, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071229/pags/20071229153018.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071229/pags/20071229153018.html). Visitada el 29 de diciembre de 2007.

<sup>58</sup> MOVILH (n. 33), p. 48.

<sup>59</sup> “Chile: el Movilh denunció brutales casos de discriminación laboral a lesbianas y gays”, en <http://www.agmagazine.com.ar/index.php?IdNot=1195> Informe Movilh, visitada el 1 de enero de 2008.

<sup>60</sup> *Ibid.*

En este mismo sentido, en abril de 2007, un funcionario de la Fundación Arturo López Pérez habría sido continuamente acosado, hostigado y, finalmente, despedido de su empleo, sin mediar otra causal legal que legitimara la remoción—salvo su condición sexual<sup>61</sup>. Al igual que lo que sucedía en el ámbito educacional, en los casos recién expuestos, el problema se acentúa, pues no sólo se separa a la persona de su puesto laboral sino que se realizan diversas gestiones anteriores, las que se materializan en distintos tipos de hostigamiento que menoscaban a los individuos que pertenecen a las minorías sexuales.

### *Casos de violencia física*

En marzo del año 2007, la transexual Moria Donante fue apuñalada en Viña del Mar mientras ejercía la prostitución<sup>62</sup>. Caso similar, y en la misma época, ocurrió en la ciudad de Santiago a Graciela Carrasco, una prostituta transexual que fue asesinada a golpes, presentado diversas fracturas en el cráneo<sup>63</sup>. En diciembre de 2007 un grupo de nueve sujetos que gritaban consignas propias de los movimientos nacistas, tales como “viva Hitler”, golpearon a una transexual que se encontraba ejerciendo el comercio sexual, hasta terminar con su vida<sup>64</sup>.

A su vez, en enero de 2007, una pareja de mujeres lesbianas fue golpeada en el piso de un bar por siete guardias, con pies, puños, palos y fierros para, posteriormente, ser encerradas dentro del recinto. Producto de este incidente constataron lesiones de gravead en diversas partes del cuerpo<sup>65</sup>. Una situación similar se repitió en la ciudad de Puerto Varas, donde tres guardias del casino de esa ciudad gol-

<sup>61</sup> “Dirección del trabajo permite a un trabajador estampar denuncia por discriminación homofóbica”, en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=42&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=1), visitada el 10 de julio de 2007.

<sup>62</sup> “Piden a gobernación de Valparaíso combatir la transfobia”, en <http://www.opusgay.cl/1315/article-76417.html>, visitada el 20 de diciembre de 2007.

<sup>63</sup> “Nuevo violento asesinato de transgénero en Chile”, en <http://actualidadgay.blogspot.com/2007/03/nuevo-violento-asesinato-de-trangenero.html>, visitada el 10 de abril de 2007.

<sup>64</sup> “Asesinan a transexual en Puente Alto, tres víctimas en el año”, en <http://www.opusgal.cl/1315/aericle-80519.html>, visitada el 5 de agosto de 2008.

<sup>65</sup> “Protestan contra criminal pub que propinó golpiza a pareja de lesbianas y a sus amigos”, en <http://209.85.207.104/search?q=cache:1ZTTkq0d9mwJ:www.puntogay.cl/Nacional/89.html+pub+punto+lesbianas+movilh&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl>, visitada el 10 de marzo de 2007.

pearon a una persona transexual, por pretender entrar a un baño de mujeres, señalándole de manera perentoria que no podían ingresar “maricones vestidos de mujer”<sup>66</sup>.

En relación con Carabineros de Chile, pese a que no se conocieron denuncias de violencia física perpetrada por funcionarios de esta institución durante el año 2007, sí existen acusaciones fundadas en la represión que funcionarios de Carabineros ejercerían en contra de parejas del mismo sexo, mientras éstas se encuentran en lugares públicos en actitudes afectuosas<sup>67</sup>. Conforme lo señala el comandante Marcelo Cáceres, “no hay ningún impedimento para que parejas gays o lesbianas se abracen y besen en la vía pública”<sup>68</sup>. Sin embargo, y al igual que el caso de las bajas institucionales, más importante que la existencia de normativas y procedimientos resulta relevante mirar a la práctica, la cual indica que las expresiones de cariño realizadas por estas parejas son continuamente reprimidas, situación distinta a la de las parejas heterosexuales. El citado comandante ha reconocido esta discriminación, señalando que para que se reconozca el derecho a las parejas no heterosexuales a demostrarse afecto públicamente se requiere de un cambio cultural importante por parte de sus funcionarios<sup>69</sup>.

#### AVANCES NORMATIVOS

Desde una perspectiva normativa el año 2007 ha presentado una cierta dicotomía en relación con el reconocimiento de derechos de las minorías en el ámbito legislativo. Lo anterior, tiene como causa el hecho de que, mientras se han gestado ciertos proyectos de ley que pretenden amparar a este grupo, los mismos han tenido escaso avance en el proceso legislativo. Ello parece sugerir que la regulación legal de los derechos de las minorías sexuales no se encuentra en la agenda legislativa prioritaria del gobierno, quien determina la celeridad del proceso legislativo en Chile.

---

<sup>66</sup> “Protestan contra criminal...” (n. 65).

<sup>67</sup> MOVILH (n. 33), pp. 44-45.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, p. 174.

<sup>69</sup> *Ibid.*

*Cambio de nombre y sexo  
en documentos de identificación nacional*

En primer lugar, una iniciativa que merece ser destacada la constituye el proyecto de ley que hace posible el cambio de nombre y sexo en los documentos de identificación nacional, sin necesidad de una operación de reasignación sexual. El proyecto que “introduce modificaciones a la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo”<sup>70</sup>, se constituye como un reconocimiento expreso por parte de los legisladores de la realidad de las personas *trans*, lo que a su vez denota la existencia de un interés de solucionar los problemas que aquejan a este grupo mediante la ley. Evidencia de lo expuesto es lo señalado por los patrocinantes de la moción, quienes señalan que:

“reconociendo la transexualidad, como un cambio de identidad de género y como una realidad social que requiere un reconocimiento legislativo, proponen este proyecto de ley que permite modificar la inscripción de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo de las personas”<sup>71</sup>.

En efecto, el proyecto persigue “asegurar el libre desarrollo de la identidad y dignidad de aquellas personas cuya identidad de género no corresponde al sexo con el cual fueron designadas a la inscripción de su nacimiento”<sup>72</sup>, y supone la existencia de un procedimiento administrativo, en el cual se debe acreditar antecedentes fidedignos<sup>73</sup> del cambio de género ante el oficial del registro civil que efectúe la rectificación, omitiéndose el trámite judicial<sup>74</sup>. De esta forma, se facili-

---

<sup>70</sup> Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo, *Boletín* N° 5679-18, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> “Moción busca permitir modificar nombres a quienes cambian de sexo,” en *Grancalama.cl*, en <http://www.grancalama.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=3148>, visitada el 30 de enero de 2008.

<sup>73</sup> Diagnóstico de disforia de género, mediante informes médico psiquiátricos de al menos dos profesionales del área, que hagan referencia a la disonancia entre el género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante y, que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

<sup>74</sup> *Ibid.*

taría la realización del trámite en cuestión, pasando a ser una gestión administrativa. A pesar de esta buena iniciativa, el proyecto de ley se encuentra siendo estudiado en la Comisión de Familia de la Cámara Baja, sin avances hasta la fecha de publicación de este informe.

En Chile no existe una normativa específica que permita el cambio de nombre y apellido de las personas transexuales. La ley N° 17.344 autoriza el cambio de nombres y apellido en ciertos casos cuando concurren determinadas causales<sup>75</sup>, sin embargo, no se refiere a la circunstancia en que el género de una persona no se relacione con su apariencia física, por lo que las personas que desean solicitar que se les reconozca su identidad psicológica diversa, deben adecuarse a los engorrosos requisitos que establece la ley de cambio de nombre. Es decir, el haber sido conocido con otro nombre durante los últimos cinco años. Esto, por lo demás, habilitaría para el cambio de nombre, pero no se extiende necesariamente a la modificación del sexo establecido en la cédula de identidad.

Cabe destacar que no existe en Chile una norma que imponga a las personas que se identifican con un sexo diverso el deber de someterse a una operación de readecuación sexual para lograr el cambio de su nombre registral. Sin embargo, la determinación de este nombre queda exclusivamente en manos del juez civil que conozca el procedimiento voluntario de modificación de nombre. Ahora bien, este procedimiento es por sí engorroso, pues exige contar con un abogado habilitado para tramitar este cambio, escuchar la opinión del oficial del registro civil y realizarse variados exámenes ante el Servicio Médico Legal<sup>76</sup>. Esto último ha generado problemas sobre todo con

---

<sup>75</sup>Ley N° 17.344. Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, el 22 de septiembre de 1970. a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente; b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios, y c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales. En los casos en que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, art. 2: "Será juez competente para conocer de las gestiones a que se refiere la presente ley, el Juez de Letras de Mayor o Menor Cuantía en lo Civil del domicilio del peticionario. La solicitud correspondiente deberá publicarse en extracto en el Diario Oficial de los días 1 y 15 de cada mes, o al día siguiente hábil si dicho Diario no apareciere en las

las personas transgéneros que no desean hacerse una operación de adecuación sexual, las que se han visto sometidas a exámenes sexológicos que les resultan denigrantes<sup>77</sup>.

En virtud de estos antecedentes, la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales junto con el MOVIIHL, en abril de 2007, presentaron ante los tribunales civiles de Santiago cinco solicitudes de cambio de nombre, en las que se buscaba se reconociera a cinco transgéneros masculinos su identidad de género femenina, mediante el cambio de su nombre y sexo registral en sus respectivos carnet de identidad. Si bien las solicitudes son voluntarias y debieran tramitarse en un plazo que no excediera los seis meses, en los casos llevados por la Clínica, las solicitudes han superado el año y hasta la fecha no se ve una solución definitiva.

### *Derogación de sanciones contra las ofensas al pudor*

Con fecha 12 de diciembre de 2007 ingresó al Congreso un proyecto de ley que pretende derogar sanciones contra las ofensas al pudor. Dicho proyecto se enmarca en la aplicación arbitraria del artículo 373 del *Código Penal* chileno, que establece penas de reclusión menor en su grado mínimo a medio para aquellas personas que “de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo

---

fechas indicadas. El extracto, redactado por el Secretario del Tribunal, contendrá necesariamente la individualización del solicitante y la indicación de los nombres y apellidos que éste pretende usar en reemplazo de los propios. Dentro del término de treinta días, contados desde la fecha del aviso, cualquiera persona que tenga interés en ello podrá oponerse a la solicitud. En tal caso el oponente la alegara, conjuntamente con su oposición, los antecedentes que la justifiquen y el juez procederá sin forma de juicio, apreciando la prueba en conciencia y en mérito de las diligencias que ordene practicar. Si no hubiere oposición, el tribunal procederá con conocimiento de causa, previa información sumaria. En todo caso será obligatorio oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación. No se autorizará el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si del respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remitirá la Dirección, apareciere que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena. No será necesaria la publicación a que se refiere el inciso segundo del presente artículo, ni se admitirá oposición en el caso del inciso tercero del artículo 1. La publicación que deba efectuarse en el Diario Oficial será gratuita”.

<sup>77</sup> Información obtenida de las mismas representadas en los casos que actualmente tramita la Clínica de Interés Público.

o trascendencia”<sup>78</sup>. No obstante, el citado artículo no hace referencia a sanciones por conductas homosexuales, la aplicación arbitraria de este precepto transforma dicha norma en un mecanismo de desventaja para las personas adscritas a las minorías en cuestión. Este hecho es ampliamente conocido en diversos sectores sociales. En el ámbito parlamentario, la diputada María Antonieta Saa ha reafirmado que:

“[e]ste artículo se ha prestado para que detengan a muchas personas, se presta para la discriminación mas grave (...) anda un Carabinero en la calle y ve a 2 hombres tomados de la mano y a él le parece que atenta contra las buenas costumbres y por lo tanto detiene a la persona”<sup>79</sup>.

En el ámbito de la sociedad civil, se ha arribado a conclusión similar. En este sentido, el presidente del MOVIIHL, Rolando Jiménez ha destacado que:

“el artículo 373 ha sido usado históricamente para detener, agredir y torturar a personas por la única razón de ser homosexuales, los transexuales, los inmigrantes y los jóvenes”<sup>80</sup>.

Es fundamental que los proyectos presentados durante el año 2007 tengan una tramitación efectiva y rápida en el Parlamento, con miras a transformarse en leyes vinculantes, de manera de cumplir en el corto plazo con las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos<sup>81</sup> y del Comité DESC<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> *Código Penal*, edición oficial, aprobada por decreto N° 371 de 27 de febrero de 2006, Ministerio de Justicia, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, artículo 373.

<sup>79</sup> “Proyecto pretende derogar norma que sanciona ofensa a buenas costumbres”, en *Emol*, en <http://209.85.207.104/search?q=cache:dSINrq5upmoj:www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detalenoticias.asp%3Fidnoticia%3D285046+anda+un+Carabinero+en+la+calle+y+ve+a+2+hombres+tomados+de+la+mano+y+a+%C3%A9+l+parece+q+ue+atenta+contra+las+buenas+costumbres+y+por+lo+tanto+detiene+a+la+persona&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl>, visitado el 1 de enero de 2008.

<sup>80</sup> “Ingresan al Congreso proyecto de ley para derogar sanciones contra las ofensas al pudor y las buenas costumbres”, en: <http://209.85.207.104/search?q=cache:6EjXtdE7t8J:www.minoriassexuales.cl/%3Fp%3D61+el+art%C3%ADculo+373+ha+sido+usado+hist%C3%B3ricamente+para+detener,+agredir+y+torturar+a+personas+por+la+%C3%BA+nica+raz%C3%B3n+de+ser+homosexuales,+los+transexuales,+los+inmigrantes+y+los+j%C3%B3+venes&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl>, visitado el 1 de enero de 2008.

<sup>81</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observaciones al Quinto Informe Periódico de Chile. Mayo 2007, en [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>82</sup> COMITÉ DESC. Observaciones finales al informe sobre Chile. 26 de noviembre de 2004, en [www.un.org](http://www.un.org)



*Ley contra la discriminación y uniones civiles*

En cuanto a los proyectos presentados como avances importantes en los años anteriores, esto es, el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación y el pacto de uniones civiles, todavía no han superado la discusión parlamentaria durante el año 2007. En relación con el proyecto de ley de medidas contra la discriminación<sup>83</sup>, durante todo el año 2007 estuvo sin movimiento. En septiembre de 2007 se acordó en el Senado realizar un nuevo estudio de éste, encargado a la Comisión de Derechos Humanos y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Las nuevas indicaciones efectuadas dan cuenta de ciertas modificaciones que se le estarían introduciendo a su versión original. En efecto, en el primer trimestre del año, lograron incorporarse restricciones al concepto de no discriminación, una causal expresa de excusión de responsabilidad para las Iglesias y la limitación del deber del Estado en cuanto a la protección y garantía de este derecho<sup>84</sup>.

El artículo primero aprobado, restringe el deber del Estado a una obligación de medio, al demandar solamente a éste que “tienda” a la eliminación de la discriminación, cuando el objetivo a seguir sería, más bien, la progresiva eliminación de la discriminación. Bajo la forma aprobada, se pueden dar argumentaciones en pos de ciertas diferencias, sin tener que justificar demasiado, explicitando que el deber es de medio, mas no de resultado<sup>85</sup>.

Asimismo, la definición que se aprueba de discriminación limita las circunstancias en que estos actos u omisiones se producen. El artículo 3 del proyecto establece que se entenderá por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma “injustificada” de distinción. Entendemos que esta identificación de injustificada, puede constituirse luego en un criterio restrictivo para interpretar ciertas hipótesis que exigen un análisis más fino. En otras palabras, la definición aprobada limita el análisis de la discriminación al acto mismo, no así a sus efectos, los que en la práctica son los que generan la verdadera discriminación<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> *Boletín* N° 3815-07, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>. Visitada el 25 de junio de 2008.

<sup>84</sup> Primer trimestre 2008, Informe Trimestral, Observatorio Parlamentario, disponible en [www.humanas.cl](http://www.humanas.cl), visitada el 15 de abril de 2008.

<sup>85</sup> Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación véase (n. 83), artículos aprobados.

<sup>86</sup> *Ibid.*

En este mismo sentido, las causales sospechosas son restringidas a una enumeración taxativa que realiza el mismo articulado, eliminándose la mención a la causal más abierta que contemplaba el proyecto “o cualquier otra condición social que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio del (derecho)”<sup>87</sup>.

Llama la atención en este mismo artículo, la excusión de responsabilidad que se realiza a favor de las entidades religiosas, las que podrán efectuar distinciones sin nunca estar sujetas a controles de justificación. Esta situación, que no estaba contemplada en el proyecto original y que tampoco había sido objeto de alguna indicación de parte de los senadores, nos evoca de inmediato el conflicto público que suscitó el reconocimiento que realizó una profesora de Religión de su sexualidad y que le significó que la Iglesia le revocara el certificado de idoneidad<sup>88</sup>.

Finalmente, en relación con la acción especial instaurada, se acoge la posibilidad de deducir una acción cuando se produzca una discriminación arbitraria y se le señala un plazo de treinta días para alegarlo. Plazo que por lo demás corresponde a la iniciativa más moderada que fue presentada. La estrechez del tiempo establecido para recurrir se constituye, en este caso, en una barrera de entrada para la exigibilidad del derecho, toda vez que los actos de discriminación son de difícil prueba y un plazo muy corto desinhibe a las víctimas o las obliga a reaccionar muy rápido. Por lo demás, se mantiene la facultad de la Corte de aplicar sanciones, pero pasa a los juzgados de letras ordinarios, la potestad de determinar indemnizaciones cuando proceda<sup>89</sup>.

En relación con el Pacto de Uniones Civiles no existen novedades a la fecha de cierre del presente *Informe...* A pesar de las diversas negociaciones consignadas en el informe del año pasado, éstas no se han traducido en un proyecto concreto. Dentro de este mismo contexto, pero sólo referido a la definición de matrimonio, el diputado Marcos Enrique Ominami presentó el 7 de marzo de 2008 una moción que introduce una modificación al *Código Civil* en la parte en que éste modifica el concepto de matrimonio, como un contrato entre un hombre y una mujer<sup>90</sup>. Esto, sin embargo, no soluciona ninguno de

---

<sup>87</sup> Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación véase (n. 83), artículos aprobados.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> “Gran paso: presentan proyecto de ley para matrimonio gay y lésbico en Chile”, en [http://www.movilh.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=582&Itemid=1](http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=582&Itemid=1), visitada el 4 de abril de 2008.

los problemas de las minorías sexuales en cuanto a su régimen patrimonial, la comunidad de bienes que se puede formar entre ellos y, luego, las consecuencias de una disolución de la convivencia.

*Observaciones  
del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*

En mayo de 2007 fueron conocidas las recomendaciones de las Naciones Unidas para el Estado de Chile en diversas materias, dentro de las que se encuentran algunas directrices vinculadas con las minorías sexuales. Dichas recomendaciones reconocen la existencia de arbitrariedades en relación con las personas adscritas a minorías sexuales y, además, establecen parámetros que el Estado debe seguir para actuar conforme a sus compromisos internacionales. En este sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación “ante la discriminación que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, frente a los tribunales y el acceso a la salud”<sup>91</sup>.

Producto de lo expuesto, ha encomiado al Estado a “garantizar a las personas la igualdad de derechos y poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales”<sup>92</sup>. Conforme lo expresado, centra sus recomendaciones en dos sentidos. Primero, la importancia de relacionar la garantía del mandato de no discriminación con el ejercicio de los derechos de las personas. Segundo, hace referencia a la necesidad de una política de difusión por parte del gobierno de los derechos de las minorías sexuales. Se ha recalcado en este capítulo, la importancia de modificar los programas educacionales actualmente vigentes, con miras a erradicar las arbitrariedades en contra de este grupo, en concomitancia con lo recomendado por el Comité.

*Observaciones del Comité DESC*

Desde otro ángulo, el Comité DESC, ha recomendado expresamente la necesidad de que exista en Chile “un marco jurídico e institucional

---

<sup>91</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observaciones al Quinto Informe Periódico de Chile, mayo 2007. N° 11, disponible en [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/e322282e17683124c125725900372926/\\$FILE/G0645957.doc](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/e322282e17683124c125725900372926/$FILE/G0645957.doc), visitada el 15 de julio de 2008.

<sup>92</sup> *Ibid.*

eficaz para la promoción y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto”<sup>93</sup>. Es así que llama a las autoridades políticas a adoptar medidas para proteger los DESC, sin perjuicio de la orientación sexual de los individuos. Asimismo, ha puesto especial énfasis en las diferenciaciones arbitrarias en la esfera laboral, recomendando la revocación explícita de aquellas disposiciones de derecho laboral que no se condicen con la aplicación del principio de no discriminación<sup>94</sup>. De acuerdo con lo dispuesto en este capítulo, es posible concluir que, a pesar del tenor de las indicaciones del Comité en cuestión, existen serios problemas en Chile en relación con la diferenciación arbitraria en el acceso a empleo y mantención en el mismo.

La importancia de las recomendaciones señaladas, radica en que se se constituyen como presiones al Estado, para que incorpore de manera cierta, la perspectiva de las minorías sexuales en el desarrollo de programas gubernamentales. Así también, en virtud de estos estándares, se conforma un marco regulatorio de protección de los derechos humanos, que debe ser considerado al momento de legislar en materias de protección, sensibles para este colectivo.

---

<sup>93</sup> COMITÉ DESC (n. 82).

<sup>94</sup> *Op. cit.*, N° 8.

# VERDAD Y JUSTICIA: LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL PASADO

---

## ABSTRACT

La verdad histórica y la justicia por violaciones a los derechos humanos del pasado forman parte de un mismo pilar sobre el que descansa toda sociedad decente y respetuosa de sus obligaciones morales y jurídicas. En particular, cuando agentes del Estado participan directamente en la comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, surge una prohibición directa para ese propio estado de autodictar leyes de perdón o amnistía. No sólo eso. Toda vez que un Estado actúa directamente en la comisión de delitos atroces, tales como: genocidio, desaparición forzada, ejecuciones sumarias o tortura, surge para ese propio Estado un deber calificado de investigar, sancionar y reparar por dichos crímenes. Tales obligaciones, como establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben ser llevadas adelante teniendo presente la necesidad de reparar adecuada e íntegramente todos aquellos daños materiales y morales efectivamente incurridos, junto con dar señales inequívocas de que las violaciones a los derechos humanos que los causaron no volverán a repetirse. Este capítulo da cuenta del modo en que el Estado de Chile ha enfrentado sus obligaciones internacionales en materia de verdad y justicia durante el año 2007 y parte de 2008. Se concluye con preocupación que, sin perjuicio de ciertas decisiones judiciales dictadas en conformidad a las obligaciones internacionales de Chile, se ha ido asentando un nuevo criterio judicial que permite la aplicación de la prescripción en casos de ejecuciones sumarias. Con ello, los tribunales de justicia locales, particularmente la Corte Suprema de Chile, estarían incumpliendo lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* y otros *vs. Chile* y lo dispuesto por los propios Convenios de Ginebra. Al mismo tiempo, se llama la atención sobre el papel que el CDE de Chile representa en la imposibilidad de acceder a una adecuada y justa reparación a favor de las vícti-

mas o familiares de victimas de violaciones a los derechos humanos, por medio de su defensa de la tesis de prescripción de las acciones civiles interpuestas con este propósito. Finalmente, se revisan problemas asociados al acceso a información correcta sobre paradero e identidad de personas desaparecidas, falta de compromiso político en el ámbito nacional para la ratificación de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas y otros instrumentos internacionales y un creciente ambiente político que parece justificar el cierre sin sanciones de procesos judiciales pendientes.

**PALABRAS CLAVE:** impunidad, amnistía, prescripción, reparaciones, CDE, caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile.

## I. INTRODUCCIÓN

A fines de 2008, se cumplirá una década desde la detención del general Augusto Pinochet en Londres. En aquella época ya no era Comandante en Jefe del Ejército, y ocupaba el cargo de senador vitalicio, en su calidad de ex presidente de acuerdo con la Constitución de 1980.

Su arresto en octubre de 1998 constituía un hecho inédito. La *justicia en la medida de lo posible* era un eslogan que, sin quererlo, mostraba el clima de impunidad reinante. El país había dado pasos para conocer los horrores de la dictadura, pero no para sancionar a los perpetradores de los crímenes quienes se amparaban en el DL de amnistía. Así, se investigaba y avanzaba para conocer los detalles de las desapariciones o ejecuciones, identificar a los responsables y luego amnistiarlos.

La sola posibilidad de hacer responsable al general Augusto Pinochet por los crímenes durante su administración era impensable. Por ello, la escena de un general detenido marcó un punto de inflexión para muchas personas, incluyendo las organizaciones de derechos humanos, y los abogados que han llevado estos procesos por más de treinta años. Su vuelta a Chile, marcada por los esfuerzos del gobierno de turno de hacer justicia en Chile, colocaba no sólo el acento en el papel que pudiera tener el Poder Judicial sino que instalaba la pregunta del protagonismo del Ejecutivo para satisfacer las demandas de justicia.

Desde ese momento, el protagonismo del Poder Judicial en la búsqueda de la verdad y justicia cambió: se fue asentando una doc-

trina que permitía superar los obstáculos del DL de Amnistía a partir de procesar a los involucrados por los delitos de secuestros y desaparición. En la medida de que estuviera acreditada la detención y posterior secuestro de la víctima, sin que se pudiera establecer una fecha cierta de muerte, o que ésta pudiera estar cubierta en un fecha posterior al período de la amnistía (11 de septiembre de 1973 hasta el 18 de abril de 1978), se condenaba por el delito de secuestro permanente. La invocación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente a los Convenios de Ginebra, se fue gestando lentamente, y se materializó claramente en la condena de la desaparición de Miguel Ángel Sandoval en noviembre de 2004<sup>1</sup>.

Si la justicia era posible en estos casos –y con todas las limitaciones de un reconocimiento tácito de la existencia de una amnistía–, los jueces debían comenzar una tarea más ardua: consolidar una jurisprudencia que respondiera a los casos de ejecuciones sumarias. Las querrelas al general Augusto Pinochet por el caso Caravana de la Muerte, y los denominados “episodios”, es decir, el cúmulo de muertes a lo largo del país, tendría que provocar cambios en los criterios de los sentenciadores frente a la aplicación de los Convenios de Ginebra.

De esta manera, paulatinamente se fue construyendo las bases para una justicia transicional basada no sólo en el reconocimiento de las violaciones sino, también, en la reparación a las víctimas y la sanción a los responsables. El Ejecutivo también daba señales: se abría a una política de derechos humanos. La política “No hay mañana sin ayer”, permitió la instalación de la denominada *Mesa de diálogo*, y una ley que permitiera obtener más y mejor información sobre el paradero de los detenidos y desaparecidos<sup>2</sup>. El gobierno del presidente Ricardo Lagos, posteriormente dio curso a una nueva iniciativa: una comisión que investigara las violaciones a los derechos humanos en los casos de *prisión política y tortura* y preparara un conjunto de recomendaciones en el área de reparación. Ésta sería una labor significativa, pues hasta esa fecha se desconocía la magnitud de la tortura como práctica sistemática de violación a los derechos humanos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA, rol 517-2004, caso Miguel Ángel Sandoval, 17 de noviembre de 2004.

<sup>2</sup> La dictación de la ley N° 19.687 6 de julio de 2000.

<sup>3</sup> Véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2003. Hechos 2002*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2003, pp. 142-151 y 202-206; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005. Hechos 2004*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2005, pp. 219-239.

Cada una de estas iniciativas, más allá de sus limitaciones han sido avances en la dirección correcta. No obstante, el desarrollo de los eventos durante 2007 y parte de 2008 muestra *la fragilidad de lo alcanzado*. Se advierte un sector político que no logra comprometerse con la verdad y la justicia, por ello no ratifica la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el Congreso, se opone a la aprobación de indemnizaciones como consecuencia de violaciones a los derechos humanos, y hasta la fecha, justifica y busca la impunidad para aquéllos que participaron en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.

La figura de Augusto Pinochet ya no está presente, se han quebrado las lealtades, sin embargo, se mantienen importantes obstáculos para obtener justicia.

## II. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: UNA TENDENCIA PREOCUPANTE

Durante los últimos dieciocho años, las organizaciones de derechos humanos han enfrentado una serie de obstáculos en búsqueda de verdad y justicia. La existencia y aplicación del *DL 2191* ha sido uno de ellos, pero no el único. Hemos dado cuenta en informes anteriores que en la agenda pendiente desde la recuperación democrática ha estado al centro del debate el DL de Amnistía: se ha buscado anularlo o modificarlo a través de una ley interpretativa. Después de casi dos décadas, las propuestas se quedan en tibios pasos, pues ninguna de ellas avanza en su tramitación y, por lo mismo, lo que queda son declaraciones de buenas intenciones sin que se materialicen cambios efectivos.

### 1. Ejecuciones sumarias y prescripción

La Sala Penal de la Corte Suprema es la que dio mayores sorpresas durante 2007 en lo referente a aceptar la prescripción en ciertos casos de derechos humanos y también en la rebaja de condenas en casos del mismo orden usando la media prescripción, en conformidad con el artículo 103 del *Código Penal*<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Éste señala que: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el



## En los casos Luis Vidal Riquelme Norambuena<sup>5</sup>, José Constanzo Vera<sup>6</sup> y David Urrutia Galaz<sup>7</sup>, todos detenidos, posteriormente ejecu-

tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo”.

<sup>5</sup> Luis Vidal Riquelme Norambuena al igual que otros *campesinos* y personas –Cesáreo Soto, Rubén Acevedo y Gerardo Encina– de la zona de Melozal cercana a San Javier fueron detenidos por Carabineros los días posteriores al 11 de septiembre de 1973. Todos los detenidos fueron entregados a una patrulla militar los que dieron muerte a los detenidos en una zona cercana al puente de Loncomilla lugar desde el cual lanzaron los cuerpos al río. Los familiares tuvieron noticias de la muerte de los detenidos por un comunicado que se difundió a través de la radio en que se informaba que se les había aplicado la ley de fuga a los detenidos. Los familiares pudieron recuperar los cuerpos de Rubén Acevedo y Gerardo Encina luego de buscarlos en el río con buzos y ayuda de Bomberos. No se encontraron los cuerpos de Cesáreo Soto ni de Luis Vidal Riquelme Norambuena. El juez instructor, Jorge Zepeda había condenado a penas entre tres años y un día a quinientos cuarenta y un días a los autores, luego de haber aplicado la atenuante de media prescripción. Rol 2182 98 (Vidal Riquelme, 14 de enero de 2005. La Corte de Apelaciones de Santiago impone una pena única respecto de las muertes a cada uno de los partícipes a cinco años con el beneficio de libertad vigilada. Rol 4014 2005 dictada por la ministra Rosa Araneda, el ministro Raúl Rocha y el abogado integrante Ángel Cruchaga. La Corte Suprema aplica la prescripción en sala conformada por los ministros Rubén Ballesteros, Nibaldo Segura y el abogado integrante José Fernández. El voto de mayoría, por mantener la condena, fue de los ministros Hugo Dolmestch y Jaime Rodríguez Espoz, rol 6626 05, 12 noviembre de 2007.

<sup>6</sup> José Constanzo Vera fue detenido el 13 de septiembre de 1973 por una patrulla de la Armada en la planta de la Compañía de Aceros del Pacífico en Talcahuano donde trabajaba. Estuvo prisionero en la base naval, “La Ciudadela” donde fue ejecutado extrajudicialmente el 21 de septiembre de 1973. El centro de detención estuvo a cargo del teniente Julio Alarcón Saavedra. Una asistente social informó sobre la muerte de José Vera el 28 de septiembre a la familia informándole que su cuerpo estaba sepultado en el cementerio N° 1 de Talcahuano. La versión oficial es que el detenido habría intentado arrebatarle el arma a un oficial, y por ello, se le habría disparado. El juez instructor, Joaquín Billard, acogió la excepción de la prescripción de la acción penal. Rol, 2182 98 episodio “José Constanzo Vera”, 20 de noviembre de 2006. La Corte de Apelaciones, rol 1064-2007, en sala conformada por la ministra Sonia Araneda, el ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz y el abogado integrante Emilio Pfeffer establecen que no son aplicables los Convenios de Ginebra y, por lo mismo, no hay obstáculo para la aplicación del DL de Amnistía, considerando 13°. La Corte Suprema, el 13 de mayo de 2008, en sala conformada por los ministros Rubén Ballesteros, Hernán Álvarez y el abogado Ricardo Peralta aplican la prescripción de la acción penal. La disidencia está conformada por el ministro Hugo Dolmestch y el abogado integrante Carlos Kunsemüller, rol 3872 07.

<sup>7</sup> Mario Urrutia fue detenido por civiles en una operación del Comando Conjunto desde su domicilio el 20 de diciembre de 1975 en la población Los Cóndores de San Bernardo. Buscaban a su hermano David quien fue detenido dos días después. Los detenidos fueron vistos por distintos testigos en un centro de detención del Comando Conjunto en la

tados o con noticias ciertas de sus asesinatos por agentes del Estado, la Corte Suprema de Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago o los jueces en primera instancia, aplicaron la prescripción de la acción penal. Los jueces desestimaron que en Chile hubiera existido un clima de conmoción interna o guerra interna, por lo cual no aplican los Convenios de Ginebra. En ese sentido, se reconoce que la junta militar había dictado los DL 3 y 5 en que se declara estado de sitio y que hace aplicable la jurisdicción militar en conformidad al artículo 418 del *CJM*. Sin embargo, se sostiene que ello no es suficiente para considerar que el país estuviera en una guerra interna y por ello, fueran aplicables los Convenios de Ginebra<sup>8</sup>:

En el caso de Urrutia Galaz, ejecutado por el Comando Conjunto en la base aérea de Peldehue, la Corte de Apelaciones de Santiago sostiene que jurídicamente ya no había estado de guerra:

“[E]n la fecha en que se cometió el crimen materia de esta causa –28 de febrero de 1976–, el país se encontraba *jurídicamente* en el estado de sitio en grado de defensa interna en virtud del decreto ley N° 641, dictado en el mes de septiembre de 1974. *Esta norma sustituyó* el carácter de Estado o tiempo de guerra, instituido mediante el decreto ley N° 5 de septiembre de 1973. Cabe concluir, por consiguiente, que no resulta posible aplicar en el caso sub judice los Convenios de Ginebra, por cuanto no existió en Chile, a esa fecha, un estado de guerra, no sólo por-

---

base aérea de Colina denominado “Remo Cero”. David Edison Urrutia y su hermano Saúl Raimundo ambos se encuentran desaparecidos. Los restos del cuerpo de David Urrutia Galaz fue encontrado fortuitamente por unos conscriptos que realizaban tareas de jardinería en el fuerte Arteaga, parte de la base aérea de Peldehue en Colina el 12 de diciembre de 1995. En primera instancia, el juez Juan Belmar absolvió aplicando la prescripción declarando que el plazo para impetrar la acción penal “se cumplió con creces, puesto que los acusados cometieron el delito de homicidio calificado de David Urrutia con fecha 28 de febrero de 1976, y el procedimiento correspondiente para establecer su responsabilidad penal, sólo se dirigió en su contra con la querrela de fojas 324 el 6 de noviembre de 2001, esto es, transcurrido el plazo de quince años”. Causa rol 120 133 B (Urrutia Galaz), 6 de octubre 2006. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sala integrada por los ministros Alfredo Pfeifer y Juan Muñoz Pardo confirmó la sentencia. El abogado integrante, Nelson Pozo, estuvo por revocar la sentencia de primera instancia y condenar por la pena de diez años y un día de presidio y condenar al fisco en cien millones de pesos. Rol 14.281 2006, 2 de agosto de 2007. La Corte Suprema desestimó el recurso de casación en el fondo respecto de la sentencia en su aspecto civil el 18 de octubre de 2007.

<sup>8</sup> CORTE SUPREMA, rol 6626-2005, Luis Vidal Riquelme Norambuena con Claudio Abdón Lecaros y otros”, 12 de noviembre de 2007.

que éste fue sustituido en el plano normativo, sino que, en los hechos, es absolutamente insuficiente, por carencia probatoria, asumir la existencia de una guerra civil o de un conflicto armado interno, suponiendo hostilidades con división del territorio o de las Fuerzas Armadas, atribuyéndosele el carácter de partes a los bandos o frentes de combate”<sup>9</sup> (el énfasis es nuestro).

En aquellos casos en que los crímenes se cometieron al amparo del estado de guerra jurídicamente declarado por la dictadura, los jueces igualmente desestiman la aplicación de los Convenios de Ginebra. En el caso de Luis Riquelme Norambuena, la mayoría de la Corte estima que:

“[R]especto del DL 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 1973, también es dable recordar que ese cuerpo normativo *‘se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación [...]’* (el énfasis es nuestro).

De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el DL 5, esto es, al día siguiente a la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población general, y que se estaban cometiendo con frecuencia graves ilícitos por Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un conflicto armado no internacional, en los términos del artículo 3º común para: los Convenios de Ginebra de 1949, el día 15 de septiembre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados”<sup>10</sup>.

Por su parte, los jueces disidentes en este mismo fallo objetan este razonamiento y señalan que,

<sup>9</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 14.281 2006, 2 de agosto de 2007, considerando 1º, dictada por los ministros Alfredo Pfeiffer y Juan Manuel Muñoz Pardo.

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA, rol 6.626-5, “Caso Luis Vidal Riquelme y otros”, 12 de noviembre de 2007, considerando 8 dictado por los ministros Rubén Ballesteros, Nivaldo Segura y el abogado integrante José Fernández.

“no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido en el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces; pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que el quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor en la materia”<sup>11</sup>.

El razonamiento del tribunal respecto de la aplicación de la prescripción de la acción penal en el caso de Urrutia Galaz detenido en 1975 es el siguiente:

“aparece de manifiesto que el plazo de prescripción de quince años que se establece para los crímenes, *se cumplió con creces*, puesto que los acusados cometieron el delito de homicidio [...] con fecha 28 de febrero de 1976, y el procedimiento corresponde para establecer su responsabilidad penal, sólo se dirigió en su contra con la correspondiente querrela a fojas 324 el 6 de noviembre de 2001, esto es, transcurrido el plazo de 15 años.

En todo caso, de estimarse que la acción se dirigió en contra de los imputados, el 23 de julio de 1996, momento en que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación solicitó la reapertura del sumario [...] sobreesida temporalmente el 4 de mayo de 1986, de la misma manera, tomando en cuenta el tiempo transcurrido, igualmente el plazo para la prescripción se encuentra cumplido, sin que se hubiera suspendido”<sup>12</sup>.

Ésa es la línea que sigue el juez instructor sobre la operación “retiro de televisores” desde la base aérea de Peldehue. Esta operación consistió en el retiro de los cuerpos de los detenidos desaparecidos durante los años setenta y ochenta desde los lugares en que fueron

---

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA, rol 6.626-5... (n. 10), considerando 3º del voto disidente de los ministros Jaime Rodríguez Espoz y Hugo Dolmescht.

<sup>12</sup> Considerando 30, rol 120.133 B (Urrutia Galaz), 6 de octubre de 2006 dictada por el ministro Juan Belmar Fuentes. La Corte de Apelaciones de Santiago confirma con los votos de los ministros Alfredo Pfeiffer y Juan Manuel Muñoz Pardo, y la disidencia del abogado integrante Nelson Pozo Silva quien estuvo por condenar, resolución dictada 2 de agosto de 2007. La Corte Suprema rechaza la casación.

sepultados ilegalmente. Estos restos habrían sido posteriormente lanzados al mar<sup>13</sup>. El juez determinó que el retiro de los cuerpos, cumpliendo órdenes de los altos mandos, sería *una violación al Código Sanitario y no un delito de lesa humanidad*<sup>14</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó la decisión, señalando que el retiro de los cuerpos fue un eslabón más de los crímenes perpetrados con los detenidos en el palacio de La Moneda, crímenes que califica de lesa humanidad, y por ello condena a los implicados a las penas de doscientos setenta días de reclusión<sup>15</sup>.

*En estos casos hay algunos elementos comunes:* la fecha cierta de data de muerte de los detenidos, y en dos de ellos con la ubicación de los restos de las víctimas. Así, estos casos son tratados como *homicidios calificados* y no como *secuestros*. Otro rasgo común, es que la aplicación de la prescripción como criterio es compartida por los ministros Hernán Álvarez, Rubén Ballesteros, Nibaldo Segura en la Corte Suprema; Juan Mera, Alfredo Pfeiffer, Emilio Pfeiffer y Muñoz Pardo en la Corte de Apelaciones de Santiago, y como ministros en visita los criterios de los ministros Juan Fuentes Belmar, Jorge Zepeda y Joaquín Billard, en algunos casos.

En un sentido similar, se aplica la prescripción y se absuelve a los autores de la ejecución de Mario Alvarado y otras personas, ocurrido en la localidad de Las Coimas en la comuna de San Felipe el 11 de octubre de 1973. En primera instancia, el ministro Joaquín Billard condena a militares autores de los crímenes –quince años Héctor Rubén Orozco Sepúlveda, a doce años a Rodrigo Retamal Martínez y a tres años y un día a Raúl Orlando Pascual Navarro Quintana y a Milton René Núñez Hidalgo por homicidio calificado<sup>16</sup>. En apelación y casación en la forma, la Corte de Apelaciones de Santiago señala:

“Que se ha pretendido en la especie aplicar el Derecho Internacional Humanitario a los hechos investigados en la causa,

<sup>13</sup> Jorge ESCALANTE, “Prescribe lanzamiento de cuerpos de La Moneda”, en *La Nación*, 7 de febrero de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070204/pags/20070204203244.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070204/pags/20070204203244.html). Visitada en junio de 2008.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 2.231 2007, dictada por los ministros Cornelio Villarroel y Mario Carroza y el abogado integrante Manuel Hazbún, 10 de junio de 2008. El ministro Cornelio Villarroel estuvo por mantener la prescripción de la acción penal.

<sup>16</sup> Se trata de las ejecuciones de Mario Alvarado Araya, Faruk Jimmy Agud Pérez, Wilfredo Ramón Sánchez Silva, Artemio Pizarro Aranda, Pedro Abel Araya y José Fierro, juez Joaquín Billard, rol 2182 98 (Caso Mario Alvarado), 31 de mayo de 2007.

para así soslayar la prescripción de los delitos de autos. Empero, igualmente habría que concluir que los delitos que se conocen en estos autos están prescritos”<sup>17</sup>.

En el caso de la desaparición de los hermanos Guido y Héctor Barría Basay el 16 de octubre de 1973, conocido como el *Episodio Río Negro*, los hermanos fueron detenidos en el sector de Riachuelo, en la comuna de Río Negro, y llevados primeramente a la comisaría de Riachuelo y, luego, a la comisaría de Río Negro. En ese lugar permanecieron detenidos Héctor y Guido, luego, fueron trasladados al fundo “La Campana”, sitios en que fueron vistos con vida por última vez. El ministro de fuero<sup>18</sup> Alejandro Solís Muñoz, condenó en mayo de 2002 a Hans Shernberger, José Godoy, Robert Teylorl, Quintiliano Rogel y Pedro Soto, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y las accesorias correspondientes; además de condenar a José Catalán, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y las accesorias correspondientes<sup>19</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago, en julio de 2005, confirmó la condena, y aumentó la pena asignada a José Catalán a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más las accesorias pertinentes<sup>20</sup>. La Corte Suprema de Chile, conociendo en casación, *aplica la prescripción de los crímenes, sosteniendo que no son aplicables los Convenios de Ginebra*<sup>21</sup>. Lo relevante es que la decisión de la mayoría reproduce el mismo razonamiento en el caso de Riquelme Norambuena ya señalado.

Otra investigación, también llevada por el ministro Alejandro Solís, corrió distinta suerte en la misma sala de la Corte Suprema. El denominado *episodio de Parral* en que se investigó las detenciones y secuestros a más de a diecisiete personas entre el 26 de septiembre de 1973 y el 25 de octubre de 1974 en Parral. Se investigó también la

---

<sup>17</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 5038-2007, 12 de marzo de 2008 dictada por la ministra Rosa María Maggi, el ministro Juan Mera Muñoz y el abogado integrante Emilio Pfeiffer.

<sup>18</sup> Los ministros de fuero son los jueces instructores designados por la Corte Suprema para investigar los casos de detenidos desaparecidos.

<sup>19</sup> Ministro de fuero Alejandro Solís, rol 2.182 98 Episodio “Río Negro”, 3 de mayo de 2004.

<sup>20</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 15.765 2004, 6 de julio de 2005, dictada por los ministros Carlos Fernández, Jorge Dahm y Joaquín Billard.

<sup>21</sup> CORTE SUPREMA, rol 3925-05, 27 de diciembre de 2007, dictada por los ministros Rubén Ballesteros, Nivaldo Segura y Patricio Valdés. Los ministros Hugo Dolmestch y Héctor Carreño estuvieron por confirmar las condenas.

sustracción de un menor por parte de Pablo Rodney Caulier Grant –entonces mayor de Carabineros–, Hugo Cardemil Valenzuela –entonces capitán de Ejército– y Luis Hidalgo –subalterno–. El caso terminó con condenas a diferentes uniformados<sup>22</sup>. En la casación ante la Corte Suprema de Chile se mantuvo una sentencia condenatoria, *pero se aplicó la media prescripción*, con ello rebajando las condenas impuestas por Alejandro Solís y elevadas por la Corte de Apelaciones<sup>23</sup>, basándose en el tiempo transcurrido –media prescripción– que se tuvo como muy calificada. Los ministros de la Sala Penal le rebajaron las condenas iniciales a Hugo Cardemil a quien lo sentenciaron a cinco años y a Pablo Caulier a cuatro años, concediéndoles a ambos la libertad vigilada, pese a los informes contrarios de Gendarmería. Los ministros Rubén Ballesteros y Nibaldo Segura estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal.

En otros dos casos en que se había dictado sobreseimiento definitivo, esto es el término del procedimiento criminal, establecido en el artículo 408 N° 7 del *CPP*, se aplica la *excepción de cosa juzgada*. En los casos de las muertes de los miembros de una familia campesina –Héctor Valenzuela Salazar, Hilda Velásquez Calderón, Claudia Andrea Valenzuela Velásquez– se abrió una investigación criminal previa, luego de ocurridos los hechos, el 14 de septiembre de 1973, en el Tercer Juzgado Militar de Concepción y en octubre de 1973 sobreseyó la causa. Ésta se reabrió con nuevos antecedentes en el Tercer Juzgado de Letras de Talca, el que también dictó sobreseimiento definitivo en octubre de 1993. El juez con dedicación exclusiva, Gerardo Bernales, ordenó la reapertura del caso y citó para ello las decisiones de la Corte IDH en los casos Barrios Altos contra Perú, decisiones de la Corte de Apelaciones de Talca y Suprema en Chile que determinan que los casos investigados corresponden a delitos de lesa humanidad, por lo cual se deben aplicar los Convenios de Ginebra en vista de lo cual desestima las alegaciones de aplicación de cosa juzgada respecto de la dictación de sobreseimientos<sup>24</sup>. La Corte de Apelaciones de Talca

<sup>22</sup> Hugo Cardemil Valenzuela: se le condena como autor de los delitos de sustracción de menor y de secuestro calificado de diecisiete personas a las penas de diecisiete años de presidio; Pablo Rodney Caulier Grant: como autor del delito de secuestro calificado de siete personas a diez años y un día; Luis Hidalgo en calidad de autor del delito de sustracción de un menor y autor del delito de secuestro calificado de diecinueve víctimas, se le impuso la pena de siete años de presidio mayor.

<sup>23</sup> Autos rol 3587-05. Sentencia de la Corte Suprema, dictada el 27 de diciembre de 2007.

<sup>24</sup> Gerardo Bernales, juez con dedicación exclusiva, Tercer Juzgado de Letras de Talca, Rol 19.245 2003, 8 de abril de 2004.

revocó esta decisión bajo el supuesto que el sobreseimiento definitivo en la causa –en que no compareció el encausado– la consideró como sentencia absolutoria<sup>25</sup>. La Corte Suprema sostuvo que no se puede aplicar el sobreseimiento, y que la investigación de estas muertes no está concluida. La disidencia, del ministro Rubén Ballesteros, estuvo por declarar el sobreseimiento definitivo en consideración a la existencia de cosa juzgada<sup>26</sup>.

En un sentido similar, en el caso de la muerte del conscripto Manuel Rojas Fuentes<sup>27</sup> en el cerro Chena, cuyo cuerpo fue encontrado en el Patio 29 del Cementerio General, la jueza instructora, María Stella Elgarrista, sobreseyó la causa en aplicación de la amnistía<sup>28</sup>. La Corte de Apelaciones de San Miguel confirma la resolución<sup>29</sup> y la Corte Suprema estuvo por revocar el sobreseimiento entendido de que se trata de un delito de lesa humanidad; sin embargo, una minoría –ministros Rubén Ballesteros y Nibaldo Segura– estuvo por revocar, ya que consideró que la investigación de esta muerte no está concluida<sup>30</sup>.

La jurisprudencia, si bien muestra una cierta tendencia en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, sin embargo, hay fallos en que se invoca la prescripción –y no la amnistía. Ello deja impunes asesinatos que ocurrieron durante la dictadura y la diferencia de criterio pareciera basarse únicamente en la integración de las salas.

La aplicación de la prescripción está teñida de consideraciones en que se elude la responsabilidad que le cabe al Estado y, en particular, a los jueces en la investigación de crímenes, ya no investigó

---

<sup>25</sup> CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 18 de noviembre de 2004 dictada por los ministros Luis Carrasco González, Hernán González García y el abogado integrante Ricardo Sánchez Venegas.

<sup>26</sup> CORTE SUPREMA, rol 5673 04, 24 de enero de 2007.

<sup>27</sup> Manuel Rojas Fuentes era conscripto al momento del golpe y fue asesinado por sus compañeros de arma en el recinto militar Campo Prisioneros de Chena al interior de la Escuela de Infantería de San Bernardo. Los ministros Nibaldo Segura y Rubén Ballesteros estuvieron por revocar el sobreseimiento sólo para los efectos de practicarse trámites importantes en la investigación, mientras que el resto de la sala integrada por el ministro Jaime Rodríguez Espoz y los abogados integrantes Carlos Kunsemüller y Domingo Hernández sostuvieron que la muerte de Manuel Rojas Fuentes debía tratarse como un delito de lesa humanidad.

<sup>28</sup> Ministro de fuero María Stella Elgarrista, rol 03 02 F “San Bernardo III”, 3 de marzo de 2004.

<sup>29</sup> CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, rol 907 2004, 11 de junio de 2004 dictada por los ministros José Ismael Contreras Pérez, María Teresa Letelier y Claudio Pavez Ahumada.

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA, rol 3125 04, 13 de marzo de 2007.



o no permitió investigar. Luego, otros jueces, agentes del Estado, invocan el transcurso del tiempo para desestimar las responsabilidades penales de los inculpados. En algunos casos, se reconoce la existencia jurídica de las normas en que se aplicó el estado de guerra interno para enjuiciar, pero se les negó valor para efectos de investigar los crímenes ocurridos bajo este supuesto.

## II. REDUCCIÓN DE PENAS POR APLICACIÓN DE ATENUANTES

Existe otra línea jurisprudencial en que el tiempo transcurrido desde la fecha de los delitos hasta la fecha del ejercicio de la acción penal o imposición de la pena, se usa para rebajar las condenas impuestas. Igualmente, se aplica un criterio en forma más o menos transversal entre jueces instructores, de apelación y casación, respecto de la ausencia de antecedentes que se considera como una “atenuante de irreprochable conducta anterior muy calificada”.

Esto se manifiesta en el caso de Contreras Maluje, detenido en noviembre de 1976 y posteriormente desaparecido<sup>31</sup>. Carlos Contreras, militante comunista, fue detenido por el Comando Conjunto, escapó de sus captores lanzándose a un bus de la locomoción colectiva en el centro de Santiago, avisó a los transeúntes y testigos que era víctima de la detención por parte de los cuerpos de seguridad y pidió que avisaran a su familia en Concepción, dueña de la farmacia Maluje. El juez Juan Fuentes Belmar –juez de primera instancia– condena a Jorge Cobos Manríquez, uno de los autores por el crimen de homicidio simple<sup>32</sup>. En dicha condena se concede al autor la atenuante de *irreprochable conducta anterior como muy calificada*, considerando “su excelente preparación, espíritu laboral, y ejemplar comportamiento familiar y social” y se le condena en primera instancia a tres años y un día<sup>33</sup>. Posteriormente, la Corte Suprema de Chile en la casación de fondo determina

<sup>31</sup> En esta operación participaron: Freddy Ruíz Bunger, Juan Saavedra Loyola, Daniel Luis Guimpert Corvalán, César Luis Palma, Manuel Muñoz Gamboa, Alejandro Sáez Mardones, Jorge Cobos Manríquez.

<sup>32</sup> La pena para el homicidio simple se extiende entre cinco años y un día a los quince años de presidio. La rebaja a una pena inferior a cinco años le permite a los condenados acogerse a los beneficios alternativos de la privación de libertad (remisión condicional de la pena o libertad vigilada).

<sup>33</sup> Luis Egidio Contreras Aburto con Freddy Ruiz Bunger y otros, rol 120.133 K (caso Contreras Maluje), 30 de noviembre de 2005, considerando 38°.

“que el término de prescripción se inició en la fecha fijada judicialmente como la de la muerte de Carlos Contreras Maluje, a saber el 2 de noviembre de 1978, beneficiándose en consecuencia, todos los acusados con la causal de la atenuación de la pena del artículo 103 del Código Penal”<sup>34</sup>.

En el caso de Cobos se le mantiene el cuántum de la condena, esto es, tres años, mientras que la disidencia en este caso, conformada por los ministros Rubén Ballesteros y Nivaldo Segura, estuvo por aplicar la prescripción.

En el caso del episodio del lago Ranco, esto es, la detención y desaparición de Cardenio Ancacura Manquián y Manuel Jesús Hernández Hinostroza en septiembre de 1973. Ellos fueron detenidos por una patrulla naval, llevados a la comisaría de Ranco y, posteriormente, ejecutados por personal de la Armada a bordo del vapor *Laja*. Sergio Rivera Bozzo, teniente primero de la Armada ® reconoció haber estado a cargo de la patrulla naval, pero no recordaba los hechos. De acuerdo con los testimonios de otros marinos, los cuerpos habrían sido lanzados al lago. Las condenas fueron rebajadas de quince años que fijó la Corte de Apelaciones de Santiago a cinco años<sup>35</sup>. No obstante, en primera instancia, el juez Joaquín Billard acogió la media prescripción, señalando:

“Que en cuanto a la atenuante de media prescripción contemplada en el artículo 103 del Código Penal solicitada por la defensa de Rivera Bozzo, resulta procedente acogerla en atención a que desde la fecha de comisión del delito, esto es el 16 de octubre de 1973 y la fecha en que la prescripción fue interrumpida el 17 de octubre de 1985, han transcurrido en exceso el plazo que la ley exige para configurar esta atenuante”,

y por ello condenó a cinco años<sup>36</sup> En la apelación, la Corte de Apelaciones establece que se acoge la media prescripción, y señala que existe reiteración de crímenes y por ello aumenta la condena a quin-

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA, Luis Egidio Contreras Aburto con Freddy Ruiz Bunge y otros, rol 6188-2006, 13 de noviembre de 2007, considerando 34°.

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA, Estado de Chile, Miriam Ancacura y María Ester Hernández con Sergio Rivera Bozzo, rol 6525-2006, 5 de septiembre de 2007.

<sup>36</sup> En primera instancia, sumario rol 2182 98, episodio caso lago Ranco, 7 de febrero de 2006 dictada por el ministro Joaquín Billard, considerando, 17°.

ce años. La Corte Suprema de Chile reitera, en este caso, que la querrela se entabló en 2001, y que pese a la interrupción de prescripción, transcurrió en exceso el período de prescripción<sup>37</sup>. Los jueces disidentes, ministros Rubén Ballesteros y Nibaldo Segura, estuvieron por aplicar la prescripción de la acción penal y declarando que:

“No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban al mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha acreditado que el 12 de septiembre de 1973 existiera en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos”.

Lo mismo sucedió en el caso del secuestro y desaparición de Manuel Cortés Joo, en que la Sala Penal de la Corte Suprema rebajó de diez a cinco años las condenas del ex jefe del Grupo Halcón de la DINA, brigadier (R) Miguel Krassnoff, y del ex jefe de Villa Grimaldi Marcelo Moren Brito en una decisión el 27 de junio de 2007. Por el mismo caso también rebajó de diez a cinco años la pena del ex jefe del centro clandestino Londres 38, coronel (R) Rolf Wenderoth. A esto se suman la disminución de cinco a tres años de la condena del ex agente Basclay Zapata, quien podrá cumplirla en libertad vigilada<sup>38</sup>. La rebaja se fundamentó en el inciso 2° del artículo 68 del *Código Penal*, esto es, que habiendo una sola circunstancia atenuante o agravante, no se aplicará el grado máximo de la pena.

La aplicación de la prescripción es vista por las organizaciones de derechos humanos y sus abogados como un *grave retroceso*. Ante este nuevo escenario, el abogado y defensor de derechos humanos

<sup>37</sup> Episodio lago Ranco, CORTE SUPREMA, rol 5936 2006, dictada por los ministros Domingo Dolmestch y Jaime Rodríguez Espoz y el abogado integrante Domingo Hernández, 5 de septiembre de 2007.

<sup>38</sup> CORTE SUPREMA, rol 45-06, 27 de junio de 2007, dictada por los ministros Alberto Chaigneau, Jaime Rodríguez Espoz, Nibaldo Segura, y abogados integrantes Fernando Castro y José Fernández Richard. Véase también Jorge ESCALANTE y Andrés LÓPEZ, “Supremas rebajas”, *La Nación*, 26 de agosto de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20070825/pags/20070825212317.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20070825/pags/20070825212317.html) accesado el 6 de junio de 2008.

Nelson Caucoto señaló que demandarán al Estado chileno ante la CIDH, en especial ante la absolución por la ejecución de tres personas por la aplicación de la prescripción, soslayando lo resuelto por la misma Corte IDH en el caso Almonacid<sup>39</sup>.

La existencia de *fallos contradictorios* es un problema que aqueja al sistema judicial<sup>40</sup>, y es una preocupación de la Corte Suprema de Chile. Mas cobra especial relevancia en las causas por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura: de ello pende la posibilidad de la satisfacción de las demandas de justicia. Como señalan los abogados de la FASIC, el sendero de la justicia ha sido claramente errático<sup>41</sup> y culmina en la impunidad cuando se acoge la tesis de la prescripción.

Cabe recordar que en la decisión del caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, en que la Corte IDH condenó a Chile, instó a adoptar aquellas medidas a fin de que el DL de Amnistía no sea un obstáculo para la investigación ni la sanción a los responsables<sup>42</sup>.

Es evidente el incumplimiento de Chile respecto del caso Almonacid, pues el Estado debe impulsar medidas legislativas a fin de que la amnistía no represente un obstáculo para hacer justicia. Es posible advertir que el criterio de los tribunales ha sido no aplicarla, sin embargo, vemos que los jueces han buscado otras vías para obtener los mismos resultados a través de la prescripción o la excepción de cosa juzgada respecto de causas sobreesidas. En este contexto, cualquier propuesta deberá hacerse cargo de este escenario.

La aplicación de la media prescripción también afecta los casos posamnistía, así en la condena por el asesinato de Jécar Nehgme, ocurrido el 5 de septiembre de 1989, se aplicó la media prescripción, es decir, rebajar la pena dado el tiempo transcurrido. El juez instructor, Hugo Dolmestch condenó a Leddy Araneda, brigadier de Ejército ® a cinco años; a Pedro Guzmán Olivares, coronel de Ejército ® y Luis Sanhueza Ríos, capitán de Ejército ®, a tres años de presidio

---

<sup>39</sup> CORTE SUPREMA, rol 6626-2005, Luis Vidal Riquelme Norambuena con Claudio Abdón Lecaros y otros, 12 de noviembre de 2007, con el voto disidente de los ministros Jaime Rodríguez Espoz y Hugo Dolmestch. Véase “Denunciarán a Chile ante CIDH por prescripción aplicada en la Suprema”, en *El Mostrador*, 14 de noviembre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=232769](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=232769) accesado el 6 de junio de 2008.

<sup>40</sup> Carolina VALENZUELA, “Corte Suprema busca solución para conflictos por fallos contradictorios”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de enero de 2008, p. C-11.

<sup>41</sup> FASIC, *Balance del año 2007. El errático camino de la Justicia*, Santiago, febrero de 2008, p. 1.

<sup>42</sup> CORTE IDH, Caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, 26 de septiembre de 2006.

menor; Jaime Norambuena Aguilar, teniente coronel ® y Silvio Corsini Escárate, capitán de Ejército ®, a dos años de presidio menor y Manuel Allende Tello, capitán de Ejército ® a quinientos cuarenta y un días. Estas condenas fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>43</sup>.

### III. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE DESAPARACIONES FORZADAS

Como hemos visto, la jurisprudencia ha sido errática en cuanto al tratamiento de los casos de ejecuciones sumarias. A su vez, tratándose de los casos de detenidos y desaparecidos, parece que pervive la doctrina del *secuestro calificado*, que permite condenar por un delito permanente.

En el caso conocido como Villa Grimaldi, investigado por el ministro Alejandro Solís, se dictó condena por el secuestro y desaparición de Marcelo Salinas Eytel, quien fue detenido el 31 de octubre de 1974 en Santiago por un grupo operativo de la DINA<sup>44</sup>. El Ministro, en el caso de Marcelo Salinas, dio por acreditada la participación en calidad de autores de los miembros y jefatura de los cuerpos operativos de la DINA Manuel Contreras Sepúlveda, al que condena a quince años de presidio, y al resto de los inculcados César Manríquez Bravo, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y a Miguel Krassnoff Marchenko a quienes condena a diez años y un día a cada uno. El magistrado absolvió a José Orlando Manzo Durán, ex teniente de Gendarmería, quien formó parte de la DINA, y tuvo a su cargo el centro de detención “Cuatro Álamos”. Dictó sobreseimiento definitivo en esta causa respecto a Augusto Pinochet Ugarte y Osvaldo Romo Mena, por haber fallecido.

Marcelo Salinas Eytel, junto con su mujer, Jacqueline Drouilly –también detenida y desaparecida, fueron vistos con vida en diversos centros de detención y tortura entre noviembre de 1974 y julio de 1975. La relevancia de la condena respecto de la desaparición de Marcelo Salinas, es que el juez Alejandro Solís hace relación directa

<sup>43</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 12.811-2006, “Jécar Vladimir Nehgme Sáez; Agueda Rosestela Sáez Fick; y otros con Enrique Leddy Araneda y otros”, 3 de octubre de 2007.

<sup>44</sup> Alejandro Solís Muñoz, Ministro de fuero, rol 2182-98, “Villa Grimaldi” (“Marcelo Salinas Eytel”), 17 de abril de 2007.

con la Operación Colombo, una maniobra de inteligencia comunicacional de la DINA, que tuvo como propósito dar por muertos en el extranjero una lista de ciento diecinueve personas que estaban detenidas y desaparecidas. Los nombres de la pareja Salinas-Drouilly figuran en la

“nómina de 60 miristas chilenos, supuestamente muertos por ‘sus propios compañeros de lucha’ en diversos países extranjeros (Argentina, Colombia, Venezuela, Panamá, México y Francia), ‘en la culminación de un largo proceso de divergencias mutuas recriminaciones y disputas por dinero, que se inició con la caída del gobierno marxista de Salvador Allende’, publicada en el semanario LEA de Buenos Aires, que salió a circulación por una sola vez (el 15 de julio de 1975), precisamente para dar a conocer la ‘lista de muertos’, esfumándose luego. Esta nómina, unida a otra lista de 59 chilenos miembros del extinto *Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR)*, dados por muertos, heridos o evadidos en acciones guerrilleras con fuerzas de seguridad en la localidad de Salta, Argentina, y publicada en el Diario O Dia de Brasil, entera un total de 119 personas”.

Tal como indica el ministro Alejandro Solís, “Tres periódicos chilenos reprodujeron estas informaciones: ‘El Mercurio’, ‘La Segunda’ y ‘Las Últimas Noticias’, de fechas 23, 24 y 25 de julio de 1975, respectivamente”<sup>45</sup>.

Vale recordar que la investigación de la Operación Colombo está a cargo del ministro Víctor Montiglio, quien a fines de mayo de 2008 dictó el más alto número de procesamientos en un caso de detenidos y desaparecidos<sup>46</sup>.

Todos los inculpados solicitaron su absolución y, en subsidio, la aplicación del DL de Amnistía, la prescripción, prescripción gradual o ambas. Alegaron, además, las eximentes de responsabilidad penal invocadas como circunstancias eximentes de responsabilidad penal de los numerales octavo y décimo del artículo 10 del *Código Penal*, “el

<sup>45</sup> Alejandro Solís Muñoz, ministro de fuera, rol 2182-98... (n. 44), considerando 5º, 7).

<sup>46</sup> Jacmel CUEVAS, “Caso Colombo: alistan 98 procesamientos por DD.HH.”, en *La Tercera*, Santiago, 25 de mayo de 2008, p. 28; “Concluyen notificación de procesamientos en Operación Colombo”, en *El Mostrador*, 28 de mayo de 2008, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=247685](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=247685) accesado el 30 de mayo de 2008. El juez Víctor Montiglio los procesa por ciento diecinueve secuestros calificados ocurridos entre 1974 y 1975.

que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente... y ...el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, respectivamente y la de obediencia debida del artículo 334 del *CJM* de sostener que obraron en cumplimiento de un deber.

Estas alegaciones  *fueron desestimadas*, al igual que los argumentos relativos a la aplicación de la amnistía y la prescripción. El ministro Alejandro Solís hace suyo lo sentado por la Corte Suprema en el caso de Miguel Ángel Sandoval en que rechaza la aplicación de ambas instituciones en aplicación a las normas de Derecho Internacional. En efecto señala,

“32°) Que, en relación con la  *amnistía*, invocada por las referidas defensas, procede consignar, tal como se expresó al desechar las formuladas como excepciones de previo y especial pronunciamiento, en la resolución escrita de fojas 2873 a 2882 que, atendido el ámbito temporal fijado por el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, relativo a hechos delictuosos cometidos por personas determinadas, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el ilícito que hubiere de establecerse excede el ámbito temporal y sustantivo de aplicación del citado Decreto Ley. Además, habida consideración del carácter permanente del delito de secuestro, puesto que, como lo expresa la doctrina y, reiteradamente, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, se trata de un ‘estado delictuoso que se prolonga en el ámbito temporal mientras subsista la lesión del bien jurídico afectado, en él han persistido la acción y el resultado’ ”<sup>47</sup>.

La relación entre aplicación de amnistía y el delito de secuestro no es una interpretación pacífica. Se podría desprender a partir de uno de los considerandos del fallo, que de existir noticias ciertas sobre el secuestro, y eventual muerte de Marcelo Salinas Eytel, que hubieren ocurrido en el período que cubre la amnistía, la última sería procedente. En efecto, el juez señala,

“En resumen de lo expuesto debe, necesariamente, concluirse que la amnistía rige para los delitos consumados entre las datas

---

<sup>47</sup> El ministro Alejandro Solís cita el fundamento 30° de los autos rol N° 517-2004 de la Excma. Corte Suprema en cuanto se rechaza los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestas por quienes secuestraron a Miguel Ángel Sandoval Rodríguez.

fijadas por el Decreto Ley N° 2.191, de modo que la normativa invocada por las defensas de los acusados no es aplicable al caso de autos, ya que la ejecución del delito que se les atribuye excede los límites temporales fijados, en forma precisa, por dichas normas”.

Cuando Alejandro Solís aborda la alegación de la prescripción, una de las líneas de defensa de los encausados, nuevamente hace suyo la doctrina sentada en el caso de la desaparición de Miguel Ángel Sandoval.

“34º) Que, en relación con la prescripción de la acción penal opuesta por las defensas antes mencionadas, cabe recordar, en primer término, el fundamento 38º de la sentencia citada con precedencia de la Excm. Corte Suprema, recaída en el ingreso rol N° 517-2004 en que rechaza los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestas por quienes secuestraron a Miguel Ángel Sandoval Rodríguez: ‘En el caso de estudio, en el evento que los sentenciados expresaren en que lugar se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si ésta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el periodo amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido’ ”.

Por otra parte, procede agregar, que la prescripción, como se ha dicho, ha sido establecida más que por razones dogmáticas por aparentes criterios políticos: como una forma de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Pero en el Derecho Internacional Penal se ha estimado que esta paz social y esta seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables si se prescinde de la prescripción, cuando menos respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

La comunidad internacional ha estimado que *crímenes atroces* como éstos son siempre punibles y por ello la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución N° 2.391 del 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 8 de noviembre de 1970, aprobó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad”, en cuyo artículo 1º, letra a),



se incluyó, expresamente, entre los crímenes de guerra, los contemplados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg del 8 de agosto de 1945 y las “Infracciones Graves” enumeradas en los “Convenios de Ginebra” para la protección de las víctimas de guerra. *En consecuencia, las normas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad confirman el principio esencial en cuanto a que la imputabilidad, el juzgamiento y la condena por tales delitos son procedentes, cualquiera que sea la época en que se hubieren cometido.* Por ello, los “Convenios de Ginebra”, latamente analizados en el fundamento precedente, consagran el deber del Estado de persecución de los crímenes de guerra, sin poder autoexonerarse a su respecto.

#### IV. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR: AVANCES Y RETROCESOS

La reparación es

“restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición ...La restitución, que, en la medida de lo posible debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades”<sup>48</sup>.

Ella no consiste sólo en un beneficio monetario<sup>49</sup>, y es en una de las demandas de las organizaciones de la sociedad civil en torno a la reivindicación en la Verdad, Justicia y la Memoria.

El Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos considera la reparación en diversos aspectos: en la búsqueda de la verdad a través de proceso judicial y la recuperación de memoria histórica. Cuando se han producido violaciones masivas y sistemá-

<sup>48</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Los derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia, la Impunidad”, E/CN.4/2000/62, 8 de enero de 2000, anexos párs. 21-22.

<sup>49</sup> Nelson CAUCOTO, “Reparación y derechos humanos”, en Elizabeth LIRA y Germán MORALES (ed.), *Reparación y derechos humanos: una discusión pendiente*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado y LOM Ediciones, 2005, p. 139.

ticas en una comunidad, no bastan sólo las respuestas individuales, debe existir una mirada integral.

Podemos considerar que hay dos aspectos de la reparación; por un lado, la restitución a la víctima o *restitutio in integrum*, cuando ello es posible, o, bien, indemnizando totalmente por los daños causados. La indemnización es una de las formas más comunes de satisfacer la reparación por el daño, tal como lo ha señalado la Corte IDH en diversos pronunciamientos<sup>50</sup>. Un segundo aspecto es considerar medidas más globales e integradores en que la reparación incluya la reivindicación de la dignidad, reputación y buen nombre de las víctimas o sus familiares ante la comunidad toda, así como entender que la búsqueda de la verdad, la investigación y la sanción a los perpetradores de los ilícitos son parte de las medidas reparatorias que un Estado debe adoptar<sup>51</sup>.

Tal como ha señalado la CIDH en los programas de reparación para la población afectada por la violencia en Colombia, el Estado debe disponer de

“vías administrativas, ágiles y de escaso costo, para el acceso a programas de reparación económicas... sin perjuicio, de las demás formas de reparación no materiales, reparaciones colectivas y de los programas y servicios sociales que pudieran establecerse”<sup>52</sup>.

Si el enfoque más tradicional implica compensar por el daño físico y mental, la pérdida de oportunidades laborales y educativas y, en general, la merma o pérdida en los proyectos de vida de las víctimas, la segunda implicará el reconocimiento público de los ilícitos, la creación de una memoria histórica que permita reconstruir un estado en respeto de los derechos violentados. También considera sancionar a aquéllos

---

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, CIDH, caso Velásquez Rodríguez *v* Honduras, indemnización compensatoria, sentencia 21 de julio de 1989, serie C N° 7, pár. 25; CIDH, caso Godínez Cruz *v* Honduras, indemnización compensatoria, 21 de julio de 1989, serie C N° 8, pár. 23; CIDH, caso Alabotoe y otros *v* Surinam, reparaciones, sentencia 10 de septiembre de 1993, serie C N° 15 pár. 43.

<sup>51</sup> Roxana AMENDALORO, Laura CONTE, Adelqui DEL DO, *et al.*, “La reparación: un acto jurídico y simbólico”, en AA.VV, *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, pp. 277-320.

<sup>52</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Lineamientos principales para una política integral de reparaciones”, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, 19 de febrero 2008, pár. 3.

que hayan sido declarados responsables. De esta manera, la reparación no se agotará resarciendo por los daños materiales e inmateriales y, en estos últimos, el alcance la reparación se busca adoptar medidas de *satisfacción* que compensen íntegramente el daño. Se requiere de parte del Estado el reconocimiento público sobre los hechos denunciados, el reconocimiento a la dignidad de las víctimas y sus familias, y la adopción de medidas suficientes a fin de no repetir los ilícitos. Un elemento gravitante en la adopción de medidas de satisfacción es la justicia, ordenando la investigación y sancionando a los perpetradores.

La reparación debe comprender la reivindicación de la dignidad y el buen nombre de estas personas, por ejemplo, incluyendo la reparación por la actuación de los medios de comunicación de la época, los que se hicieron parte del montaje comunicacional al señalar en sus titulares “Mueren como ratas”, como lo enunció el juez Alejandro Solís en la condena por la desaparición de Marcelo Salinas Eytel, ya examinado.

*La incorrecta identificación de los restos de personas desaparecidas ha producido nuevos sufrimientos para las víctimas.* El Estado incurre en responsabilidad internacional, y debe reparar por estos hechos. Por esta situación, el juez Carlos Gajardo ordenó la apertura del Memorial de Detenidos Desaparecidos para exhumar los restos de trece personas que podrían estar mal identificadas<sup>53</sup>. El Estado reconoce la existencia de problemas en la identificación de víctimas y, por ello, ha hecho un plan de reestructuración y transformaciones al SML<sup>54</sup>. La familia de Patricio Duque, desaparecido y mal identificado, demandó al Estado chileno. El 23º Juzgado Civil de Santiago declaró el 31 de octubre de 2007 el pago indemnizatorio de *cien millones de pesos a esta familia*, por la falta de servicio de la institución, error que aumentó la victimización de esta familia al recibir los restos de otro ejecutado como los de su padre<sup>55</sup>. Esta decisión puede servir como base a nuevas demandas contra el Estado por la mala identificación de los restos.

---

<sup>53</sup> Héctor CRUZATT, “Juez ordena exhumar víctimas del Patio 29 tras errores en identificación”, en *El Mostrador*, 21 de marzo de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=212935](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=212935) accesado el 15 de mayo de 2008.

<sup>54</sup> La odontóloga colombiana, Alejandra Jiménez, que ha conducido equipos de trabajo en la identificación de personas en Colombia, estará a cargo del Programa de Derechos Humanos del SML. *Boletín Ministerio de Justicia*, año 4, N° 14, Santiago, abril-mayo 2007, p. 11.

<sup>55</sup> “Patio 29: indemnizarán a familia de desaparecido mal identificado”, en *El Mostrador*, 30 de octubre de 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=231352](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=231352) accesado el 29 de mayo de 2008.

Hay avances en la recuperación de memoria histórica en que no sólo el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior ha avanzado, sino que se han comprometido otros estamentos del aparato del Estado. Así, por ejemplo, el Ministerio de Bienes Nacionales ha creado un catastro –un mapa de la Memoria– a lo largo del país de las edificaciones públicas que sirvieron con recinto de detención y tortura<sup>56</sup>. Esta iniciativa, que surge de la identificación de los lugares de detención señalados en el denominado Informe Valech, en que se catastraron ochocientos dos inmuebles utilizados como centros de detención, tortura o ambos, de los cuales quinientos quin-ce eran fiscales<sup>57</sup>. El trabajo en este sentido es instaurar un emplazamiento de la memoria, nombrándolos, identificándolos y dándoles un contexto. Ello es parte de la tarea de recuperación de memoria realizado por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y que permitió darle un tratamiento especial al centro de detención y tortura de Villa Grimaldi, hoy Parque por la Paz en la comuna de Peñalolén, el Estadio Chile, actualmente el estadio Víctor Jara en la comuna de Santiago, y la instalación de una placa conmemorativa en el Estadio Nacional en Ñuñoa, todo ellos en Santiago. También hay lugares de conmemoración como el recién inaugurado memorial en Paine<sup>58</sup>, una pequeña localidad rural en la VI Región, o la escuela de Pisagua en la I Región. Estos memoriales son importantes, pero no suficientes.

*a) Indemnizaciones pecuniarias:  
el preocupante papel del CDE de Chile*

En el ámbito de las indemnizaciones se advierten serios conflictos entre agrupaciones de familiares y víctimas y el Estado en varios planos. El primer nudo de tensión podría caracterizarse como una vacilación en las medidas que se adoptan frente a la reparación y se refiere a los casos judicializados en que las víctimas accionan para obtener una indemnización distinta de la que puedan o hayan tenido derecho en virtud de una ley. La CIDH ha entendido que las repara-

<sup>56</sup> MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, “Un Catastro para la Memoria: otra mirada al Territorio”, en [http://www.bienes.cl/memorial.asp?seccion=39&contenido=1309&ID\\_PADRE=1#](http://www.bienes.cl/memorial.asp?seccion=39&contenido=1309&ID_PADRE=1#), accesado el 29 de mayo de 2008.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> “Inauguran Memorial en Paine en recuerdo de 70 víctimas de la dictadura de Pinochet”, en *La Nación*, 25 de mayo de 2008, en [http://lanacion2007.altavoz.net/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080525/pags/20080525191223.html](http://lanacion2007.altavoz.net/prontus_noticias_v2/site/artic/20080525/pags/20080525191223.html), accesado el 29 de mayo de 2008.

ciones administrativas que puedan proceder para una víctima *no son incompatibles* con su derecho a accionar judicialmente<sup>59</sup>.

En el caso de Chile, el conflicto ha surgido en aquellos casos en que los querellantes y los abogados de gobierno se han hecho parte de las causas en que se persigue la responsabilidad penal de los agentes del Estado. Al momento de resolver las indemnizaciones que emanan de tales ilícitos, el CDE se opone con una serie de argumentos, entre otros, que si las acciones fueron interpuestas ante un juez penal, éste es incompetente, que los montos declarados o solicitados por las víctimas y sus familiares son excesivos o que la acción civil esté prescrita.

Lo que más ha llamado la atención es que parte de la política del CDE ha sido impugnar las indemnizaciones alegando que la acción civil está *prescrita*. De esta manera, y como se puede advertir en los casos que siguen, el CDE cuenta el plazo desde el acontecimiento de los hechos denunciados e investigados, con lo cual señalan que el plazo de prescripción se ha excedido con creces. En otros, se ha dicho que no puede haber una sentencia condenatoria toda vez que no hay sentencia judicial que haya condenado a un agente del Estado, desvirtuando que no será posible en algunos contar con esa sentencia. *Este tipo de alegaciones, deja a las víctimas sin derecho a acción.*

Ésa es la situación en la demanda por la desaparición de Arsenio Poupin, subsecretario del gobierno de Salvador Allende, quien forma parte de los detenidos y desaparecidos del palacio de La Moneda. La investigación por esta causa fue sobreesída por el 2º Juzgado Militar que aplicó el DL de Amnistía. En la demanda civil de Gloria Neira, cónyuge de Arsenio Poupin, el CDE postuló, *inter alia*, que:

“no le constan a esta defensa estatal los hechos en que se funda la demanda y ellos no han sido establecidos, en un procedimiento judicial por lo que debe controvertirlos en su totalidad”<sup>60</sup>.

A su vez, también alega el CDE la prescripción señalando que:

“la acción indemnizatoria se encuentra manifiestamente prescrita por haber ocurrido el hecho ilícito basal o desencadenante del daño desaparecimiento [sic] de don Arsenio Poupin en septiembre de 1973”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANO (n. 52), párs. 5-6.

<sup>60</sup> NOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, “Neira y Poupin con Fisco”, rol 324-1998, 12 de mayo de 2000.

<sup>61</sup> NOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (n. 60).

El juez en primera instancia condena al fisco a pagar una indemnización de *cincuenta millones de pesos* señalando que:

“Si bien en el caso de autos, no se ha podido determinar o precisar la o las personas responsables del hecho, ello no obsta, por los razonamientos vertidos, que la acción civil pueda prosperar, puesto que no es responsabilidad de estos demandantes que no los haya podido individualizar antes de que se dictara la resolución que puso término a la investigación criminal”<sup>62</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia, y la Corte Suprema de Chile, en julio de 2007, confirma la decisión de la Corte, esgrimiendo que las reglas generales de prescripción corren en esta materia<sup>63</sup>.

En este sentido, vale recordar que el estándar sobre reparaciones en el orden civil debe ser pensando en la naturaleza del ilícito y las reglas aplicables en el sistema internacional de protección. La obligación de reparación exige que los afectados cuenten con los remedios o vías procesales adecuadas para obtenerla, de tal manera que si se aplican estándares tradicionales del Derecho, como es la invocación de la prescripción de la acción, se niega la posibilidad de una reparación efectiva, pues lo que hace es restringir excesivamente la posibilidad de accionar<sup>64</sup>, y que configuraría un caso de denegación de justicia<sup>65</sup>.

Algunos jueces, además, han tendido a computar los plazos de la acción civil a partir del momento que ha terminado la investigación penal y se ha materializado en la acusación del fiscal, como lo señaló la Corte Suprema en el caso Lejderman. La Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció en diciembre de 2007 al pago por parte del fisco de *trescientos millones de pesos*, y a favor de Ernesto Lejderman Ávalos, cuyos padres de nacionalidad argentina y mexicana, fueron ejecutados en 1973, quedando el entonces niño de dos años huérfano ante el homicidio de sus padres. Fue entregado, por el entonces capitán de Ejército JOSÉ EMILIO CHEYRE, a un convento de

<sup>62</sup> NOVENO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (n. 60), considerando noveno.

<sup>63</sup> CORTE SUPREMA, “Neira y Poupin con Fisco”, rol 1133-2006, 24 de julio de 2007.

<sup>64</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, en <http://huachen.org/spanish/law/reparaciones.htm>, accesado el 29 de mayo de 2008.

<sup>65</sup> CORTE IDH (n. 42), párs. 158-161.

monjas donde fue cuidado hasta ser rescatado por el cónsul de Argentina en La Serena. La muerte de esta pareja fue hecha pasar como un suicidio en diciembre de 1973, mientras ellos intentaban salir del país por un paso cordillerano en la IV Región donde vivían<sup>66</sup>.

Como señala la Corte Suprema de Chile, la demora en la investigación no puede ser de responsabilidad de los familiares:

“Del análisis del expediente queda claro que tan demorosa investigación y tardío resultado no es de responsabilidad del querellante, por lo que resultaría enteramente injusto y contrario a derecho que la consecuencia negativa de tal demora la sufriera la propia querellante, beneficiándose el Fisco. Ello obsta a la justicia material y a principios elementales de buena fe”<sup>67</sup>.

En otros procesos, este razonamiento constituye la decisión de la minoría cuando se rechaza el pago de la indemnización<sup>68</sup>.

Entre los casos más relevantes que se resolvieron durante 2007 se encuentran la reparación a las familias de los doce miembros del FPMR, muertos en la Operación Albania, la indemnización en el caso Soria, el caso Tucapel Jiménez y la demanda contra el fisco que presentó ante la Corte de Santiago la Unión de Ex Prisioneros Políticos de Chile.

En el caso Albania, llevado por el ministro en visita Hugo Dolmestch, se condenó al fisco a pagar *trescientos millones de pesos* a cada familia. La Corte de Apelaciones de Santiago aumentó el monto a *quinientos millones de pesos*, y la Segunda Sala de la Corte Suprema llamó a las partes a resolver en un *comparendo de conciliación* respecto de las indemnizaciones que se dieran en este caso<sup>69, 70</sup>. El 18 de junio de 2007, fecha en que se cumplían veinte años del asesinato de los doce miembros del FPMR, el CDE y los familiares de las víctimas llegaron a un acuerdo reparatorio el que alcanzó la suma de los *trescientos*

<sup>66</sup> FASIC, *Derechos Humanos en Chile. Resumen Mensual*, diciembre de 2007, en <http://www.fasic.org/bol/bol07/bol713.htm> accesado el 20 de mayo de 2008.

<sup>67</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Lejderman con Fisco”, rol 11801-2006, considerando undécimo, 18 de diciembre de 2007.

<sup>68</sup> Véase el caso Corte Suprema, “Aída Toro con Manuel Contreras y otros”, rol 1579-2007, 18 de diciembre de 2007.

<sup>69</sup> Héctor CRUZATT, “Acuerdo abre vía para facilitar indemnización por violaciones a DDHH”, en *El Mostrador*, 19 de junio de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_nueva.asp?id\\_noticia=220548](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_nueva.asp?id_noticia=220548), visitado 20 de marzo de 2008.

<sup>70</sup> *Boletín de Prensa de Fasic*, Santiago, mayo de 2007.

*millones de pesos* por cada una de las doce víctimas, es decir, se volvió al monto originalmente declarado por el ministro Hugo Dolmestch. Se acordó que el pago se realizaría en dos cuotas, la primera pagada en 2007 y la segunda durante en 2008.

*b) Compatibilidad de la indemnización y la reparación otorgada*

La tendencia de los jueces ha sido declarar que las indemnizaciones no son incompatibles con los beneficios de la Ley Rettig. Es el caso del asesinato al dirigente sindical Tucapel Jiménez, asesinado el 25 de febrero de 1982 por agentes de inteligencia. El 29 de enero de 2008, la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó al fisco a pagar *mil doscientos millones de pesos* a repartir entre los familiares directos del dirigente sindical, pagos que se efectuaran con los reajustes relativos al IPC entre la fecha de la sentencia y el pago a los demandantes<sup>71</sup>.

Este criterio también se viene aplicando en casos menos conocidos. Así, en el caso de los SEIS JÓVENES SOCIALISTAS, secuestrados y asesinados a orillas del río Mapocho en octubre de 1973 por el carabnero (R) Rubén Barría Igor, pese a ser sobreseído en primera instancia fue condenado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones a dieciséis años de prisión el 2 de febrero de 2007. En el ámbito de las reparaciones, la Cuarta Sala acogió las demandas y condenó al fisco a pagar  *cincuenta millones de pesos* a cuatro familiares de los fallecidos –que habían presentado demanda– y setenta y cinco millones a Luis González Plaza único sobreviviente<sup>72</sup>.

Otro caso es el de la indemnización de *cien millones de pesos* que recibirá la viuda y los tres hijos del militante comunista Ricardo Weibel Navarrete detenido por el Comando Conjunto en 1975. En este caso, el cuerpo de Ricardo Weibel Navarrete fue encontrado en 1995 en el fuerte Arteaga del Ejército<sup>73</sup>, en este caso, al igual que en otros, se aplicó el Derecho Internacional, especialmente en lo referente a la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias, postura planteada por la Corte IDH donde especifica el papel de los Estados en la reparación a víctimas graves de delitos de lesa humanidad<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Recurso de Apelación, rol 3425- 2005, 28 de enero 2008, redacción del ministro Patricio Villarroel Valdivia.

<sup>72</sup> Carolina VALENZUELA, “Reparaciones en casos de Derechos Humanos”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 2007, p. C-10.

<sup>73</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 3595-2002, 31 de mayo 2007.

<sup>74</sup> *Ibid.*



De igual forma, resolvió en el mes de marzo de 2007 la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, condenando al fisco al pago de  *cien millones de pesos* al padre y a la hermana del cineasta Jorge Müller. La familia había presentado una demanda ante el 29º Juzgado Civil de Santiago en 2002, pero el tribunal en primera instancia rechazó entregar una indemnización en el caso<sup>75</sup>.

A estos casos, se suman la indemnización de  *ciento cincuenta millones de pesos* que el Estado debe pagar a la cónyuge y a los dos hijos del militante del MIR Sergio Ruiz<sup>76</sup>.

Sin embargo, algunas salas de Corte de Apelaciones han estimado que la indemnización que reclaman las víctimas y la reparación otorgada a las víctimas por vía administrativa,  *serían incompatibles*. Así lo declaró la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso del asesinato de Jécar Neghme en que sostuvo,

“Decimonoveno: Que, a mayor abundamiento, la demanda, en cuanto se dirige por Jécar Vladimir Nehgme Sáez, necesariamente debe ser desestimada por cuanto éste percibe los beneficios económicos a que se refiere la ley 19.123. En efecto, esta ley creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y estableció a favor de los familiares de víctimas de ilícitos cometidos durante el régimen militar que gobernó entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, un bono compensatorio y una pensión mensual, además de otros beneficios. Luego, si ya ha habido una reparación del daño causado, no puede pretenderse por este actor que se le repare por segunda vez.

Vigésimo: Que, en efecto, de acuerdo al artículo 19 de la ley 19.123, la pensión que fija dicha normativa puede renunciarse, lo que en la especie no ocurrió, promulgándose esta ley, precisamente para reparar el daño moral de los ilícitos antes mencionados, como quedó claro de lo dispuesto en el N° 1 del artículo 2 de la misma ley y en el Mensaje por el cual el Presidente de la República envió el proyecto de ley al Congre-

<sup>75</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 1211 2002, 23 de marzo de 2007. Sala conformada por los ministros Gloria Chevesich, y Mario Rojas y el abogado integrante Hugo Llanos. La ministra Gloria Chevesich estuvo por confirmar la decisión de primera instancia.

<sup>76</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 6715-2002, 10 de julio de 2007 dictada por los ministros Haroldo Brito, Carlos Fajardo y el abogado integrante Nelson Pozo.

so Nacional. No puede, este demandante Jécar Nehgme Sáez, pretender que el Estado le otorgue una doble indemnización por el mismo hecho”<sup>77</sup>.

En un sentido similar, en el caso de la desaparición de Ricardo Ruz en que la mayoría en la Corte de Apelaciones de Santiago estuvo por acoger la demanda en contra del fisco. El voto de minoría del ministro Jorge Zepeda señaló que la reparación en virtud de la Ley Rettig es una “reparación suficiente” conforme a los estándares del fallo en Almonacid contra Chile<sup>78</sup>. En la casación en el fondo, la Corte Suprema revocó la decisión y aplicó la prescripción de la acción civil<sup>79</sup>.

Durante 2007 y parte de 2008 se perciben algunos cambios en la conducta del Consejo del Estado y también de los jueces. Estos últimos han instado a la *conciliación entre las partes*, situación que beneficia a las familias de las víctimas a los derechos humanos, como lo señala Nelson Caucoto: “La posibilidad de conciliar abre la opción al fisco de resolver el déficit que tiene en materia de reparaciones y dar a las víctimas la posibilidad de mejorar de algún modo su calidad de vida”<sup>80</sup>. Es posible considerar que la apertura a conciliar está dada respecto de aquellos casos en que la Corte va a condenar o se ha condenado por los daños.

También se ha cuestionado la indemnización en sede legislativa por la muerte del español Carmelo Soria, funcionario de la CEPAL, vivía en Chile desde 1939, fue secuestrado el 14 de julio de 1976 por agentes de la DINA, y su cadáver se encontró dos días después en un canal de Santiago, con claras huellas de haber sido torturado. El 19 de junio de 2003 el Estado chileno y la ONU llegaron a un acuerdo indemnizatorio respaldado por la CIDH, los dineros de la indemnización no serán pagados a la familia, sino a Naciones Unidas. Sin embargo, este acuerdo fue rechazado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado en septiembre de 2005, y desde esa fecha se mantuvo paralizado. La discusión en el Senado en 2007 no estuvo exenta de problemas, ya que los senadores de la oposición votaron en forma sistemática con su rechazo. A ella se sumó, el voto de un senador de la Concertación, el PPD Roberto Muñoz Barra, argumen-

---

<sup>77</sup> CORTE SUPREMA, “Nehgme y otros con Araneda y otros”, Pronunciada por los ministros Juan Cristóbal Mera y Sonia Araneda y el abogado integrante Emilio Pfeiffer.

<sup>78</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 4464 2001, 16 de noviembre de 2007.

<sup>79</sup> CORTE SUPREMA, rol 743 2007, 25 de marzo de 2008.

<sup>80</sup> Carolina VALENZUELA, “Conciliación, la nueva fórmula para convenir reparaciones en casos de derecho humanos”, en *El Mercurio*, Santiago, 11 de junio de 2007, p. C 10.

tando que no había igualdad ante la ley por el trato diferenciado que se le habían dado a los campesinos que perdieron sus asentamientos, luego del 11 de septiembre de 1973<sup>81</sup>. En una segunda votación, el Senado aprobó el acuerdo con dieciséis votos a favor y catorce en contra la indemnización de US\$ 1.500.000.000 para la familia. Éste contempla, además, una declaración pública de reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la acción de sus agentes, se compromete a levantar un monumento en memoria de Carmelo Soria<sup>82</sup>.

### *c) Reparaciones en casos de tortura*

Una segunda cuestión que no ha sido resuelta favorablemente ha sido las medidas que el Estado adoptó para reparar a aquellas personas que fueron objeto de prisión política y tortura. Vale recordar que la reparación debe cumplir con el estándar de *satisfacción*. Esta obligación implica que cualquier programa sea coherente, que facilite la reconstrucción del relato de la verdad o la memoria histórica que se habría producido a partir del *Informe de la Comisión Valech*, y también permitir justicia. Si un programa de reparación que incluya compensación monetaria o de otra índole no integra adecuadamente la magnitud de los daños experimentados, y no es inclusiva de la reivindicación de justicia, no será un programa que satisfaga a las víctimas. Para que la indemnización pecuniaria no aparezca como una simple compensación para las víctimas o sus familiares, debe estar acompañada por la búsqueda de la justicia. De otra manera, y como lo proponen algunas organizaciones de derechos humanos, las víctimas pueden percibir que se está ofreciendo “cambiar justicia por reparación económica”<sup>83</sup>. La reserva por cincuenta años de la información contenida en el Informe sobre los perpetradores, en este sentido, constituye un retroceso para efectos de justicia y reparación<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Alejandra ARAYA, “El Senado posterga nuevamente la indemnización para la familia de Carmelo Soria”, en *El Mostrador*, 17 de julio de 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=222847](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=222847). Visitada el 31 de julio de 2008

<sup>82</sup> “Senado aprueba indemnización para familia de Carmelo Soria”, en *El Mostrador*, 18 de julio de 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=222957](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=222957), visitada el 25 de marzo 2008.

<sup>83</sup> CELS, *La reparación: acto jurídico y simbólico*, en *Atención Integral a las víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales*, San José, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 309.

<sup>84</sup> Ley N° 19.992, publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, el 14 de marzo de 2005.

La administración Bachelet se ha hecho cargo de algunas de las críticas de las agrupaciones de ex prisioneros políticos sobre medidas de reparación. La ley N° 19.992 otorgaba sólo beneficios a los afectados directos de la prisión política y tortura, y las becas de estudios no eran transferibles a los familiares o hijos o hijas de los/as ex prisionero/as. En diciembre de 2007 se dictó el reglamento en virtud del cual es posible traspasar los beneficios consistentes en beca a un hijo o nieto y entró en vigencia en julio de 2008<sup>85</sup>. Con todo, las becas de estudios han sido homologadas a las existentes en el sistema de educación superior, y los máximos concedidos no alcanzan a cubrir el 100% de un arancel de una carrera de estudios de educación superior<sup>86</sup>.

Al igual que en los casos de muertes y desapariciones, los ex prisiones han dado curso a demandas por justicia, en el plano penal y civil. Es posible considerar que se comienza a desarrollar una doctrina *que no condena al fisco por su responsabilidad y sanciona civilmente a los perpetradores de la tortura*. El juez Juan Fuentes investigó uno de los casos sobre torturas a prisioneros políticos en la Academia de Guerra Aérea en Santiago. El juez condena a los coroneles (R) de la FACH Edgar Cevallos Jones y Ramón Cáceres Jorquera a quinientos cuarenta y un días, en calidad de autores de tormentos contra diecisiete personas que estuvieron detenidas en el mencionado recinto entre el 11 de septiembre de 1973 y enero de 1975<sup>87</sup>. Al primero le otorga el beneficio de reclusión nocturna y respecto del segundo, lo beneficia con remisión condicional de la pena. En materia de indemnización el juez Juan Fuentes Belmar condena a Edgar Cevallos Jones al pago de una indemnización de diez millones de pesos por daño moral a cada una de las diecisiete víctimas de torturas realizadas en la Academia de Guerra Aérea. Con ello, el juez desestima la responsabilidad del Estado chileno en los delitos, pese a que Edgar Cevallos Jones era un agente del Estado, razón por la cual el Estado debe responder por sus acciones.

En un sentido similar, en el caso de la desaparición de Nelson Llanquilef Velásquez en la comuna de Chaitén en septiembre de 1973. La Corte Suprema, con el voto de mayoría condena a los carabineros que participaron en los hechos, acoge la demanda la excep-

---

<sup>85</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, DS 407 del 18 de diciembre de 2007.

<sup>86</sup> Todo ello, tomado como base la beca profesor Juan Gómez Millas, que otorga un máximo de \$1.150.000 al año.

<sup>87</sup> Oficial a cargo de este recinto de detención y tortura.

ción planteada por el CDE respecto del fisco y condena a una indemnización a los responsables del secuestro y desaparición de Nelson Llanquilef<sup>88</sup>.

En mayo de 2007 otro grupo de ex prisioneros presentó una demanda colectiva contra el Estado de Chile por doscientos setenta y siete millones de dólares con el fin de beneficiar a novecientas sesenta y tres personas que fueron marginados de los beneficios económicos y sociales entregados por la Comisión Valech. La demanda fue presentada ante el 27° Juzgado Civil de Santiago. Esta medida fue tomada por los ex prisioneros políticos no sólo con el fin de obtener una indemnización de ciento cincuenta millones de pesos por querellante sino, también, buscando la modificación de la ley N° 19.992, que según su agrupación, “sólo concede una miseria de pensión, discriminatoria, tardía y restrictiva”<sup>89</sup> para quienes fueron víctimas de los abusos durante la dictadura.

La demanda denuncia, además, una irregularidad, cual es que uno de los torturadores en la base naval de Talcahuano en 1973, el ex detective Arturo Eugenio Garay González, fuera parte de la lista de beneficiados. Arturo Garay González ha prestado declaración como testigo en la investigación judicial por la desaparición del ex GAP Rudy Cárcamo que lleva a cabo el juez Carlos Aldana. El ex detective, reconocido por sus víctimas como un cruel torturador, actualmente goza de los beneficios otorgados por la ley Valech, pues señaló que había sido prisionero político en la isla Quiriquina<sup>90</sup>.

## V. AVANCES EN PROCESAMIENTOS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL PASADO

Durante el año 2007 y parte de 2008, también se han observado importantes avances en la dictación de autos de procesamiento en casos de detenidos y desaparecidos, algunos de ellos emblemáticos, pues tuvieron en su momento a Augusto Pinochet como querellado.

<sup>88</sup> CORTE SUPREMA, “Caso Llanquilef Velásquez” rol 2370-2007, 11 de octubre de 2007.

<sup>89</sup> UPI, “Ex presos políticos interpusieron millonaria demanda contra el Estado”, en *La Nación*, 25 de mayo de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070525/pags/20070525181710.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070525/pags/20070525181710.html) accesado el 15 de julio de 2008.

<sup>90</sup> Miguel PAZ, “El torturador que pasó por víctima”, en *La Nación*, 22 de abril de 2007, en [www.lanacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20070421/pags/20070421233321.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070421/pags/20070421233321.html), visitada 16 de abril de 2008.

### a) Caso de calle Conferencia

En el caso de calle Conferencia<sup>91</sup>, se avanzó en la dictación del procesamiento de miembros de la DINA. El ministro Víctor Montiglio dictó numerosos procesamientos respecto de los miembros de la ex brigada Lautaro<sup>92</sup> la que llevó a cabo la operación. La resolución recayó en contra de Eduardo Garea Guzmán, Juvenal Piña Garrido y Rufino Jaime Astorga, como coautores del delito de secuestro calificado de Víctor Manuel Díaz López, delito que fue consumado en el período comprendido entre el 12 de mayo de 1976 y “un día no determinado en la primera quincena de enero de 1977”<sup>93</sup>. Además, en la misma resolución, el magistrado resuelve someter a proceso a Juvenal Piña en calidad de coautor del delito de homicidio calificado respecto de la misma víctima ya individualizada. La investigación realizada a la fecha da cuenta de la existencia de un cuartel de la DINA en calle Simón Bolívar en la comuna de La Reina, del cual no se tenían noticias. Hoy se tiene información de que allí habría operado el laboratorio químico de la DINA donde se experimentaba con gas sarín. Los nuevos antecedentes demuestran que dos ciudadanos peruanos fueron usados como conejillos de experimentación y habrían muerto. No se conoce antecedentes de sus muertes ni se encuentran en las nóminas oficiales de asesinados y desaparecidos<sup>94</sup>.

### b) Caso cabo Leyton

Esta investigación realizada por el ministro Alejandro Madrid, indagó sobre la muerte de este cabo, quien desarrollaba labores para la DINA y fue sorprendido, en marzo de 1977 en el robo de dos vehículos reportados perdidos: el de un detenido y desaparecido y el otro perteneciente a un ciudadano francés. El Servicio de Encargo y Búsqueda de Vehículos Motorizados de Carabineros lo detuvo y fue posteriormente entregado por sus superiores a altos funcionarios

<sup>91</sup> Se trata de la desaparición, entre otros, de Mario Zamorano, Jorge Muñoz quien fuera el marido de Gladys Marín, Jaime Donato, Elisa Díaz, Uldarico Donaire.

<sup>92</sup> “Juez Montiglio dicta 17 procesamientos en caso Calle Conferencia”, en *El Mostrador*, 30 de mayo de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=218953](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=218953) accesado el 30 de mayo de 2008.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Héctor CRUZATI, “Brigada Lautaro de la DINA habría usado gas sarín para eliminar a peruanos”, en *El Mostrador*, 18 de junio de 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=220381](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=220381) accesado el 30 de mayo de 2008.

de la DINA. Manuel Leyton Robles fue llevado al cuartel de Simón Bolívar en La Reina. Desde ese lugar fue trasladado a la “Clínica London” de calle Almirante Barroso, Santiago-Centro, donde estuvo privado de libertad y murió. Se presume que su deceso se produjo a consecuencia de la aplicación del denominado “gas sarín”. En este caso se dictó procesamiento por el delito de asociación ilícita<sup>95</sup> tipificado en los artículos 292 y 293 del *Código Penal*, el secuestro<sup>96</sup> y homicidio del cabo Leyton<sup>97</sup> y por el delito de falsificación de instrumento público<sup>98</sup>. El auto de procesamiento señala que:

“se obtuvo como resultado que el protocolo de autopsia así como los informes de exámenes químico-toxicológicos y de anatomía patológica no fueron fidedignos, como tampoco lo son, la historia clínica de atención médica y hoja de enfermería del referido funcionario las que aparecen confeccionadas en la Clínica London y firmadas por facultativos pertenecientes a la DINA”<sup>99</sup>.

### c) Caso Woodward

Otro caso emblemático es la detención y desaparición del sacerdote chileno-inglés Michael Woodward, detenido el 16 de septiembre de 1973 en su residencia en el barrio del cerro Los Placeres en Valparaíso desde donde fue conducido hasta el buque-escuela *Esmeralda*. Allí fue torturado y asistido por un médico. El sacerdote fue llevado posteriormente al hospital Naval donde habría muerto producto de las torturas<sup>100</sup>.

La Armada, por más de treinta años, negó toda información para poder determinar qué ocurrió con el sacerdote, quien fue visto por última vez en el buque. En diciembre de 2006, el alto mando dio la

<sup>95</sup> Se procesó a: Hernán Taricco, Pedro Valdivia, Osvaldo Leyton, Eliana Borumburu, Ricardo Lawrence, Vianel Valdivieso, Hernán Sovino, Santiago Matteo, Juan Morales, Lorenzo Toro, Vittorio Orvietto Tiplitzky, Federico Chaigneau y Gladys Calderón.

<sup>96</sup> Hernán Taricco, Osvaldo Leyton, Eliana Borumburu, Ricardo Lawrence, Vianel Valdivieso, Hernán Sovino, Juan Morales y Lorenzo Toro.

<sup>97</sup> Hernán Taricco, Ricardo Lawrence, Vianel Valdivieso y Juan Morales, como coautores; a Hernán Sovino y Lorenzo Toro, como cómplices y a Osvaldo Leyton, Eliana Borumburu, Pedro Valdivia, Santiago Matteo, Federico Chaigneau y Gladys Calderón, como encubridores.

<sup>98</sup> Osvaldo Leyton y Eliana Borumburu.

<sup>99</sup> Alejandro Madrid, ministro en visita, auto de procesamiento Rol 7981- E, dictado el 23 de julio de 2007, considerando segundo.

<sup>100</sup> Jorge MOLINA, “Corte extiende en seis meses plazo para la jueza que lleva el caso Woodward”, en *El Mostrador*, 19 de diciembre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=236079](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=236079) accesado el 1 de junio de 2008.

información sobre la bitácora de la *Esmeralda*, en que se consigna que efectivamente Michael Woodward estuvo a bordo de la nave<sup>101</sup>.

El hecho de que se entregara la información en su momento fue considerado inédito, ya que ello significaba que esa institución iniciaba un proceso de colaboración con las investigaciones de derechos humanos<sup>102</sup>.

Mientras las organizaciones de derechos humanos han visto con buenos ojos los avances de la investigación, los oficiales en retiro y personas cercanas a la Armada, incluyendo a los miembros del Partido de la UDI han reaccionado airadamente a los sometimientos a proceso que la jueza Eliana Quezada dictó en este caso<sup>103, 104</sup>. La resolución de procesamientos afecta a los vicealmirantes en retiro: Guillermo Aldoney, Adolfo Walbaum, Juan Mackay y Sergio Barra Von Kretschmann, además del capitán de navío (R) Ricardo Riesco Cornejo, todos procesados en calidad de autores<sup>105</sup>.

Mario Duvauchelle Rodríguez, Contraalmirante JT y ex ministro de la Corte Marcial de la Armada y asesor legal de la denominada Cruzada por la Reconciliación Nacional preparó un documento rechazando los procesamientos y condenas. Esta organización junto a otras, se han constituido para defender a militares involucrados en casos de violaciones a los derechos humanos, y que en septiembre de 2007 iniciaron el proceso para la creación de un partido político<sup>106</sup>.

El documento, analiza la amnistía a la luz de los Convenios de Ginebra y señala:

“Se ha sostenido que la ley de Amnistía contenida en el decreto ley 2191, del año 1978 estaría limitada o sería inaplicable porque estos Convenios suscritos el 12 de Agosto de 1949

---

<sup>101</sup> Editorial: la larga travesía del honor a la Verdad, en *El Mostrador*, 18 de diciembre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=235942](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=235942) accesado el 30 de mayo de 2008.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Jorge MOLINA, “Seis ex oficiales de la Armada sometidos a procesos en caso Woodward”, en *El Mostrador*, 18 de abril de 2008, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=244651](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=244651) accesado el 1 de junio de 2008.

<sup>104</sup> “Diputados UDI critican la labor de la jueza en el caso Woodward”, en *El Mostrador*, 15 de mayo de 2008 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=246621](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=246621) accesado el 1 de junio de 2008.

<sup>105</sup> Ministra de fuero Eliana Quezada, rol 140 454, 18 de abril de 2008.

<sup>106</sup> Jorge ESCALANTE, “Partido Militar se forma en Santiago con fuerte sello de juicios a DDHH”, en *La Nación*, 5 septiembre de 2007, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20070904/pags/20070904211044.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20070904/pags/20070904211044.html) accesado el 3 de junio de 2008.



–relativos a mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, mejorar la suerte de los heridos enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; trato de los prisioneros de guerra y; protección a las personas civiles en tiempos de guerra –ratificados por Chile y publicados en los Diarios Oficiales de los días 17, 18, 19 y 20 de Abril de 1951– prohibían dictar leyes de amnistía Pero ¿cual es el contenido precisamente de estos Convenios en materia de amnistía?

\* – Todas las Convenciones de Ginebra de 1949 ratificadas por Chile tienen en común un artículo 3º que prohíbe a las personas que participan en las hostilidades, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio, las mutilaciones y las torturas de quienes hubieren depuesto las armas o hubieren quedado fuera de combate. Pues bien, el inciso final de aquellos artículos [sic] 3º dispone:

‘La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes’.

Dicho inciso final consagra el principio que el estatuto jurídico de los Estados Partes prima sobre las normas de dichos Convenios.

Ahora bien, como dicho ‘estatuto jurídico’ es la normativa interna de cada Estado –y ésta incluye las leyes de amnistía– si realmente hubiera alguna norma en los referidos Convenios que impidiera los efectos de las leyes de amnistía dictadas por los Estados Parte, estas leyes de amnistía deben prevalecer sobre los referidos Convenios.

– \* Al razonamiento anterior debe agregarse que ninguno de esos Convenios contiene alguna norma que prohíbe o limita la aplicación de leyes de amnistía. Por el contrario, la Amnistía es recomendada por los Estados Partes de los referidos Convenios mediante el Protocolo N° II suscrito también el 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, esto es el Convenio N° III de Ginebra, de 1949.

– \* El referido Protocolo fue ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial del 28 de Octubre de 1991 y en su artículo 6º N° 5.- dispone a la letra: ‘A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privados de libertad, internados o detenidos por motivos relacionados con

el conflicto armado'. Precisamente en virtud de la disposición antes transcrita –y pese a que Chile no había ratificado aún el referido Protocolo– el Poder Legislativo del Gobierno Militar procedió el 19 de Abril de 1978 a dictar el tantas veces citado decreto ley N° 2191 de Amnistía.

[...]

En síntesis, Por las distintas razones indicadas anteriormente, los Convenios de Ginebra de 1949, aún cuando fueron ratificados por Chile el año 1951, no son aplicables a la ley de Amnistía contenida en el decreto ley 2191, de 1978 y ello explica el hecho que periódicamente se trate de derogar este decreto ley, lo tampoco serviría pues tal derogación no puede afectar a hechos anteriores a tal pretendida derogación”<sup>107</sup>.

Por su parte, diputados de la UDI hicieron público una declaración en que se refieren al supuesto hostigamiento que experimentarían los miembros de la Armada por sus vinculaciones a las violaciones a los derechos humanos<sup>108</sup>. Dada la proximidad de tiempo entre el documento preparado por Mario Duvauchelle y el tenor de la declaración de la UDI, pareciera que ellos están relacionados, especialmente si se consideran los nexos de la UDI con ex miembros de la Armada.

La reacción de la UDI no es simplemente que la jueza investigue, sino que califique los hechos como un caso de secuestro permanente, con ello, adelantando opinión respecto de la forma en que se han llevado adelante los juicios por violaciones a los derechos humanos. Los diputados señalan que si Michael Woodward falleció luego de las torturas, la jueza no podría calificar el hecho como un secuestro<sup>109</sup>. Al efecto, señalaron:

---

<sup>107</sup> Mario DUVAUCHELLE, “Estructura y funcionamiento del Poder Judicial en Chile”, 5 mayo de 2008. En versión electrónica en poder de la autora. Puede accederse al documento en el sitio Movimiento 10 de septiembre 1973, en <http://www.movimiento10deseptiembre.cl/index.php?action=showcat&catid=18> accesado el 6 de junio de 2008.

<sup>108</sup> “Diputados UDI critican la labor de la jueza en el caso Woodward”, en *El Mostrador*, 15 de mayo de 2008, en [http://elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_suscriptores.asp?id\\_noticia=244651](http://elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_suscriptores.asp?id_noticia=244651), accesado 1 de junio de 2008. El comunicado fue suscrita por los parlamentarios: Julio Dittborn, Gastón von Muhlenbrock, Sergio Correa, José Antonio Kast, Rodrigo Álvarez, Eugenio Bauer, Andrés Egaña, Iván Norambuena, Carlos Recondo, Ignacio Urrutia, Felipe Salaberry, Jorge Ulloa y Ramón Barros.

<sup>109</sup> “Diputados UDI critican...” (n. 108).

“En primer lugar, no existió entonces un secuestro, como sostiene la jueza, del ciudadano anglo-chileno Woodward, sino la detención de éste por parte de personal de la Armada en tiempos de guerra. Dicha detención puede haber sido justificada o no, pero que en ningún caso autoriza a un juez para tipificarla de secuestro”<sup>110</sup>.

La reacción de la Corte Suprema de Chile fue apoyar la investigación de la jueza, mientras que la reacción desde la derecha, y especialmente del Senador de la UDI, ex miembro de la Armada Jorge Arancibia, la de una férrea defensa a los encausados. Éste ha declarado que cada uno de los procesados son inocentes de los cargos que se les imputan. No obstante, la información ya recopilada en la investigación judicial muestra que la situación que los dichos del ex Almirante son contradichos por las declaraciones de los propios procesados en la causa<sup>111</sup>. Así, por ejemplo, los diputados afirman que el sacerdote recibió atención médica, en tanto que el médico naval Costa señaló que sólo certificó la muerte de un detenido, y que ése no habría sido Michael Woodward<sup>112</sup>.

Los diputados en una crítica abierta señalan que la jueza, al decretar la detención de los ex oficiales luego de treinta y cinco años, cometería una “persecución política” o que “perseguiría otros fines”<sup>113</sup>. Ellos recuerdan que la detención del sacerdote se hizo en el marco de una *guerra interna*<sup>114</sup>. Es interesante ver cómo, por un lado, se justifican las muertes en el marco de una guerra interna, pero luego cuando jueces o abogados de derechos humanos intentan aplicar los Convenios de Ginebra sobre el tratamiento a los prisioneros de guerra, se dice que tales convenios no son aplicables.

La idea de la “justicia en la medida de lo posible”, como sostiene el ex presidente Patricio Aylwin sería realismo y no relativismo<sup>115</sup>. En

<sup>110</sup> “Diputados UDI critican...” (n. 108).

<sup>111</sup> Jorge ESCALANTE, “La fe ciega de Arancibia”, en *La Nación*, 11 de mayo de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080510/pags/20080510184321.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080510/pags/20080510184321.html) accesado 1 junio de 2008.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> La Nación, “UDI arremete contra la jueza del caso Woodward”, 16 de mayo de 2008 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080515/pags/20080515221059.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080515/pags/20080515221059.html) accesado el 2 de junio de 2008.

<sup>114</sup> Jorge ESCALANTE, “Caso Woodward sigue en primera línea”, en *La Nación*, 20 de mayo de 2008, en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080519/pags/20080519220116.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080519/pags/20080519220116.html) accesado el 2 de junio de 2008.

<sup>115</sup> Sergio ESPINOZA, “Aylwin dice que ya no es posible saber más sobre los detenidos desaparecidos”, *El Mercurio*, Santiago, 26 de agosto de 2007, p. D-4.

ese sentido, se podría sostener que, tanto políticos como miembros del Poder Judicial, convencidos de que los cuerpos de los detenidos desaparecidos fueron arrojados al mar y que no se encontrarán, utilizan de todos modos la figura del secuestro permanente como respuesta judicial satisfactoria, pues, al menos, permitiría sancionar a los responsables.

Hugo Gutiérrez, abogado de causas de violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar sostiene que entendiendo la ficción legal del secuestro permanente “es una herramienta para obtener logros a mediano plazo para evitar la impunidad mientras llega la buena administración de justicia”<sup>116</sup>. Habiendo revisado buena parte de las decisiones, no es claro cuál será el camino que los jueces seguirán en los próximos meses, ni menos cómo se compatibilizan los estándares internacionales con la prescripción y la idea de penas proporcionales para crímenes de lesa humanidad.

## VI. OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL PASADO

El proceso de reconciliación social implica la búsqueda de la verdad sobre los detenidos desaparecidos y la posibilidad de sancionar a los responsables. Ello es parte del proceso de reparación. Para poder obtener más información, y mejor información, se permitió que aquéllos que pudieran colaborar en este proceso lo hicieran en forma anónima<sup>117</sup>, y que accedieran a tener penas atenuadas en caso de una colaboración eficaz.

Con la investigación del caso Woodward, el procesamiento del general de la FACH José Ignacio Concha y el cuestionamiento al general Gonzalo Santelices, se puede constatar que existe información relevante que aún no es entregada por los altos mandos de las FF.AA., de Orden y Seguridad de Chile. En el caso Woodward se pudo establecer que uno de los marinos involucrados fue interrogado por el fiscal naval en el año 2006, antes de la colaboración de la Armada. Respecto del general Gonzalo Santelices, a cargo de la Guar-

---

<sup>116</sup> Exposición en el seminario Internacional “Justicia, derechos humanos y el decreto ley de amnistía” sobre Decreto de Ley de Amnistía, Santiago, PNUD Chile, 7 de diciembre de 2007.

<sup>117</sup> Para ello se dictó la ley N° 19.687, 6 de julio de 2000 que mantuvo bajo reserva la información que permitiera conocer el paradero de los detenidos desaparecidos.

nición Militar de Santiago hasta febrero de 2008, no se sabía de sus vínculos con la conocida Caravana de la Muerte<sup>118</sup>. Se ha comprobado el ocultamiento de información que surgió en la *Mesa de Diálogo*. Al cierre de este informe se dictó el procesamiento por el secuestro calificado y de desaparición de cinco miembros del FPMR en 1987 en contra de ex altos mandos –general en ® Santiago Sinclair, ex Vicecomandante y ex miembro de la Junta Militar; el general en ® y ex jefe del DINE, Hugo Prado, y al actual coronel en servicio activo, ex integrante del Batallón de Inteligencia del Ejército, Marco Antonio Bustos<sup>119</sup>. Se ha pedido que este último sea dado de baja del Ejército, mientras que el general Ricardo Izurieta, señala que se debe respetar la presunción de inocencia, sin que sea retirado del Ejército<sup>120</sup>.

La *Mesa de Diálogo* se constituyó en agosto de 1999 durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle y tuvo por objetivo aproximar al mundo militar –al que se le atribuían las violaciones a los derechos humanos– con la sociedad civil. Vale recordar que esta iniciativa se daba en el contexto de la detención del general Augusto Pinochet en Londres, por lo cual si el gobierno realizaba gestiones para traerlo a Chile, los militares debían entregar información que fuera de relevancia para conocer el paradero de los detenidos desaparecidos.

Dentro de los acuerdos adoptados, las FF.AA. y de Orden y Seguridad se comprometieron a hacer los máximos esfuerzos para obtener información. Se dictó una ley especial tendiente a asegurar la protección de quienes entregaran información, la que sería canalizada por las FF.AA., para ser entregadas al Presidente de la República, quien las haría llegar al Poder Judicial<sup>121</sup>.

Una vez dictada la ley sobre el secreto, se encargó al general Patricio Campos para recoger la información de esa rama de las FF.AA. El informe de las FF.AA. se hizo público el 6 de enero de 2001, en el cual la FACH aportó información de diecinueve casos. No obstante, se conoció a través de los medios de prensa que un agente, Otto Trujillo

<sup>118</sup> “Escalona celebra renuncia del general Santelices al Ejército”, en *El Mercurio*, 14 de febrero de 2008, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=291308> accesado el 6 de junio de 2008.

<sup>119</sup> Jorge ESCALANTE, “Sentencia establece responsabilidad institucional de mandos del Ejército”, en *La Nación*, Santiago, 18 de julio 2008, p. 2.

<sup>120</sup> “Izurieta hace un distinguo en general Sinclair y coronel en caso de frentistas”, en *El Mercurio*, 18 de julio de 2008, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=313581> accesado el 21 de julio de 2008.

<sup>121</sup> Ley N° 19.687 (n. 117).

apodado “Colmillo Blanco” miembro del Comando Conjunto señaló que habría más información disponible de la que fuera entregada.

Por este hecho se inició una investigación y fue procesado por obstrucción a la justicia el general Patricio Campos. También se supo que su mujer era una ex agente del Comando Conjunto<sup>122</sup>. La investigación realizada concluyó en que omitió entregar la información recabada respecto de un grupo de personas. Sin embargo, fue absuelto en virtud de la modificación del *Código Penal y Procesal Penal* y no por la veracidad del ocultamiento. En efecto, y tal como lo señala la sentencia, lo que en la actualidad se sanciona es la obstrucción de la investigación del Ministerio Público, y reconociendo que esta institución no es parte del Poder Judicial, no es posible sancionarlo<sup>123</sup>.

Sobre la obtención de información, el profesor José Zalaquett plantea que es posible la aplicación de medidas humanitarias a los inculcados (edad, salud) y a cambio de la entrega de información relevante y pertinente<sup>124</sup>. José Zalaquett sostiene que si los militares desean la aplicación de medidas más beneficiosas, deben cambiar su actitud: “Si dijeran lo que sucedió y se estableciera la verdad, se podría considerar legalmente que las personas fueron asesinadas y avanzar en los procesos, incluso con medidas de clemencia (excepto para los peores crímenes)”<sup>125</sup>. La pregunta que surge es, ¿cómo sabemos cuándo es aplicable este criterio? Al mismo tiempo, si es que consideramos que todos los casos examinados son los *peores crímenes*, ¿cómo resulta compatible esta tesis a favor de la clemencia y la justicia transicional a la luz de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado de Chile?

En este contexto, resulta preocupante que el presidente del Senado, Adolfo Zaldívar, ex DC, haya declarado inadmisibles un proyecto de ley aprobado por los diputados respecto de la no aplicación de la amnistía, el indulto y la prescripción en delitos de lesa humanidad y llamó a terminar los casos de derechos humanos a la brevedad<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Jorge ESCALANTE, “Juez procesa y detiene a “La Pochi”, en *La Nación*, 21 de marzo de 2003, en [http://www.lanacion.cl/p4\\_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4\\_lanacion/site/artic/20030321/pags/20030321110507.html](http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/site/artic/20030321/pags/20030321110507.html) accedido el 18 de julio de 2008.

<sup>123</sup> Ministro Jorge Dahm, causa rol N° 56.872-2002, 5 de diciembre de 2007.

<sup>124</sup> Mauricio CARVALLO, “La justicia y la clemencia no son irreconciliables”, en *El Mercurio*, Santiago, 29 de junio de 2008, p. D-12.

<sup>125</sup> CARVALLO (n. 124).

<sup>126</sup> Juan Antonio MUÑOZ, “Los juicios a los militares deben terminarse a la brevedad”, en *El Mercurio*, Santiago, 15 de junio de 2008, p. D-6.

## VII. RATIFICACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Si los avances en materia judicial son frágiles, desde el punto de vista político hay claros frenos. La administración Bachelet no ha sido exitosa para que diversos instrumentos de derechos humanos sean ratificados, tales como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Protocolo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>127</sup>.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue ingresada a tramitación en mayo de 1995<sup>128</sup>, y fue ratificada en el Congreso en 2003. El TC rechazó su ratificación, argumentando que su incorporación al ordenamiento jurídico nacional requiere de quórum calificado, es decir, 4/7, y no mayoría simple, que obtuvo en la Cámara de Diputados<sup>129</sup>.

En noviembre de 2007, la Cámara de Diputados volvió a votar su ratificación, pero no contó con los votos para alcanzar el quórum exigido. La ausencia de una diputada de la Concertación, Alejandra Sepúlveda, ex DC, actualmente independiente, impidió obtener el número de votos necesarios, pues la mayoría de los diputados de la Alianza se abstuvo. La oposición estima que el Estado no debe aprobar este instrumento internacional, a menos que se incorpore una reserva sobre la jurisdicción internacional de estos delitos, y se dilucide si tendrían un efecto retroactivo<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Este instrumento tiene por propósito vigorizar el sistema regional de protección relativa a la tortura. El artículo 1 señala que el propósito del Protocolo es: “establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Adoptada por la Asamblea de Estados Americanos en 2002.

<sup>128</sup> La Convención fue adoptada en la Asamblea Anual de la OEA el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará Brasil. Entró en vigencia el 28 de marzo de 1996. Proyecto de Acuerdo, 3 de mayo de 1995.

<sup>129</sup> Se presentó un requerimiento de inconstitucionalidad de parte de dieciocho senadores de la oposición: Evelyn Matthei, Marcos Aburto, Jorge Arancibia, Carlos Bombal, Julio Canessa, Marco Cariola, Juan Antonio Coloma, Fernando Cordero, Andrés Chadwick, Sergio Fernández, Hernán Larraín, Jorge Martínez Busch, Jovino Novoa, Jaime Orpiz, Mario Ríos, Rodolfo Stange, Ramón Vega y Enrique Zurita. Seis de ellos eran senadores institucionales ex generales de las FFAA., dos ex ministros de Estado de Augusto Pinochet y otros dos ex miembros de la Corte Suprema y uno de ellos ex miembro del TC. Rol 383, 5 de septiembre de 2003.

<sup>130</sup> Hernán CISTERNAS, “Gobierno sufre revés en su agenda de derechos humanos”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de noviembre de 2007.

También se encuentra en tramitación en el Congreso la Convención de Naciones Unidas Sobre Desaparición Forzada y se han formulado objeciones en el mismo sentido de las a las planteadas respecto de la Convención Interamericana<sup>131</sup>.

A lo largo de este año podemos constatar que la labor judicial ha permitido avanzar en materia de justicia con altos y bajos. Si bien la jurisprudencia ha mostrado una cierta tendencia a la no aplicación del DL de Amnistía, sin embargo, los fallos dictados durante 2007 y parte de 2008 muestran que las alegaciones sobre aplicación de la amnistía, la prescripción de los delitos, la cosa juzgada o la media prescripción se desestiman o no dependiendo la conformación de una mayoría o minoría al interior de cada tribunal. Lo anterior puede justificar la impunidad de los criminales.

El balance realizado por la FASIC es rotundo, al señalar que no existe voluntad política para acoger los llamados a conciliación en las reparaciones civiles que ha hecho la Corte Suprema como política<sup>132</sup>. Ello significaría que, en la práctica, el tema sea revisado caso a caso y no como parte de una política de reparación. A su vez, en los casos judicializados se ven signos de cuestionamientos explícitos e implícitos a las reparaciones e indemnizaciones pecuniarias a las víctimas, por lo cual ello nos hace dudar de que todos los poderes del Estado y la sociedad hayan asumido que los crímenes cometidos deban ser resarcidos<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Véase el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, 12 de diciembre de 2007, en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

<sup>132</sup> FASIC, *El errático camino de la justicia. Balance 2007*, Santiago, febrero de 2008, p. 3 en <http://www.fasic.org/doc/08%20%20BALANCE%20DDHH%2007.pdf>, accesado el 20 de mayo de 2008.

<sup>133</sup> Sergio ESPINOZA, "Aylwin dice que ya no es posible saber más sobre los detenidos desaparecidos", en *El Mercurio*, Santiago, 26 de agosto de 2007, p. D4.



# MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

---

## ABSTRACT

Si bien la mayor parte de la población se ve expuesta a los nocivos efectos que generan los problemas medioambientales, por muy diversos factores, éstos no suelen distribuirse de manera equitativa. Así, son varios los casos en que el mayor impacto medioambiental negativo sobre el goce y ejercicio de derechos como la vida, la salud e, incluso, la propiedad, suele ser asumido por los sectores más vulnerables de la sociedad: pobres y comunidades indígenas. Lo anterior, además de estar prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es otra cosa que la manifestación en los hechos de los no muy conocidos conceptos de *justicia* y *discriminación ambiental*. Analizando la inequitativa y discriminatoria distribución de las cargas ambientales en tres casos concretos dentro de Chile, este capítulo revisa algunas de las principales violaciones a los derechos de ciertas comunidades y personas. Finalmente, la última sección del mismo se encarga de hacer un breve seguimiento a los principales hechos presentados en el capítulo de Derechos Humanos y Medio Ambiente del *Informe...* del año pasado.

**PALABRAS CLAVE:** justicia ambiental, discriminación ambiental, principio de igualdad, garantía de no discriminación, cargas ambientales, Rinconada de Maipú, comunidades indígenas.

## I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL

El *Informe anual de derechos humanos 2007. Hechos 2006* incorporó por primera vez un capítulo relativo a la vulneración de los derechos humanos en situaciones de degradación ambiental en nuestro país. El

enfoque de dicho capítulo, por tratarse del primero que hacía esta vinculación, fue deliberadamente amplio y comprensivo de la mayor cantidad de hechos y situaciones que, vinculadas al ambiente, implicaban una vulneración de los derechos humanos<sup>1</sup>. La última sección del capítulo de este año 2008 hará un breve seguimiento a dichos hechos y violaciones a los derechos humanos que los mismos generan o contribuyen a generar. En esta oportunidad, este capítulo se focaliza en un tema específico: el inequitativo y discriminatorio goce y ejercicio de ciertos derechos humanos que se sigue como consecuencia de problemas medioambientales. De este análisis será posible vislumbrar la aparición de dos nuevos e interesantes conceptos en la discusión nacional, tanto en materia de derechos humanos como de protección del ambiente: los de *justicia y discriminación ambiental*.

Los problemas o deficiencias medioambientales, dependiendo de la intensidad o grado de manifestación, suelen presentar una estrecha vinculación con los derechos humanos, en el sentido de que sus exteriorizaciones generalmente se traducen en afectaciones de los mismos. Así, razonablemente se puede sostener que los elevados niveles de contaminación atmosférica que presente una gran ciudad, el derrame de residuos tóxicos sobre el río que atraviesa un valle o el emplazamiento en una comuna de un vertedero que no cumple con las exigencias sanitarias mínimas, impactarán negativamente sobre los derechos a la vida, a la salud, al agua, a vivir en un medio libre de contaminación, a la privacidad, entre otros, de los habitantes de esa ciudad, valle o comuna.

Sumado a lo anterior, existe otra dimensión que suele ser invisibilizada en el debate público: la de la equitativa o justa distribución de las cargas ambientales. Así, sucede con frecuencia que las violaciones a los derechos humanos no siempre son distribuidas de la misma forma entre todos los miembros del cuerpo social. Dependiendo de una multiplicidad de factores<sup>2</sup>, determinados grupos de la población –generalmente personas de escasos recursos y minorías étnicas– o determinados sectores geográficos –que suelen coincidir con los

---

<sup>1</sup> En el *Informe...* anterior se efectuaba, separadamente, una revisión de los hechos ambientales más relevantes vinculados al derecho a la vida, a la salud, al agua, a los derechos culturales, al derecho al trabajo, a la participación y al acceso a la información.

<sup>2</sup> Entre los cuales destacan las características geográficas y climáticas de un determinado sector; los diseños territoriales que determinen la ubicación de zonas industriales, de áreas verdes, de zonas residenciales, etc.; los índices de pobreza y las reglas de distribución de la riqueza en una determinada sociedad; el diseño y ejecución de políticas públicas que repercutan en el ámbito económico, social, cultural y ambiental; entre otros.

lugares donde se ubican aquellos grupos vulnerables–, terminan por asumir inequitativa y desproporcionadamente las cargas ambientales que se generan. En otras palabras, las diversas limitaciones o restricciones al goce y ejercicio del derecho a la vida, a la salud o el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, no siempre se distribuyen conforme a parámetros de equidad.

El fenómeno anterior, además de repercutir negativamente sobre los derechos fundamentales involucrados (vida, salud, agua, etc.), importa una afectación concreta sobre el principio de igualdad y la garantía de no discriminación que, en materia ambiental, adquieren forma y sentido a través del concepto de *justicia y discriminación ambiental*. En términos generales, el concepto de *justicia ambiental* procura igualar las cargas de contaminación, el desarrollo nocivo y el agotamiento de los recursos entre todos los miembros de una sociedad<sup>3</sup>. Aboga, en definitiva, “por una distribución más equitativa de los bienes y males del medio ambiente y por una mayor participación del público en la evaluación y el reparto de estos bienes y males”<sup>4</sup>.

Si bien éste es un concepto que goza de cierta importancia y trayectoria en el debate público en general y en el derecho comparado en particular –sobre todo en Estados Unidos y en Europa, donde desde hace ya un par de décadas ha venido siendo abordado por la literatura especializada–, es un concepto escasamente explorado en Chile, aunque no por eso pasa a ser un concepto que no se pueda extrapolar a nuestra realidad. De hecho, ha sido la propia Presidenta de la República quien lo ha incorporado al discurso político-ambiental al señalar, en el marco de la segunda reunión de la Comisión para una Sociedad Mundial Sustentable celebrada en nuestro país, que: “Es indispensable avanzar a nivel global en una política ambiental basada en la equidad, con especial atención a quienes resultan directamente afectados que son los países más pobres, los más débiles y vulnerables”<sup>5</sup>.

La aparición de este concepto surge en plena década de los setenta cuando el movimiento ambientalista se percató de que los sectores más vulnerables de la sociedad –fundamentalmente los pobres y las minorías– eran las víctimas habituales de todos los riesgos sociales, inclui-

---

<sup>3</sup> Véase Kristin SHRADER-FRECHETTE, *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 6.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>5</sup> “Michelle Bachelet aboga por política ambiental equitativa”, en *El Diario Financiero*, Santiago, 24 de marzo de 2008.

dos los de la degradación ambiental<sup>6</sup> (de ahí, también, la utilización del concepto de *racismo o discriminación ambiental*). Así, en Estados Unidos resultaba común que los trabajadores agrícolas, los nativos americanos, los *ghettos* afroamericanos y los asentamientos latinos fueran sistemáticamente los grandes perjudicados con la contaminación ambiental, el agotamiento de los recursos y el vertiginoso desarrollo<sup>7</sup>.

Existen, por lo demás, evidencias científicas que avalan que estas minorías –que ya se encuentran en una situación desventajosa en términos de educación, ingresos y ocupación–, no sólo soportan desproporcionadamente el riesgo ambiental sino que, además, tienen menos poder para protegerse a sí mismos<sup>8</sup>. Ciertos estudios desarrollados en Estados Unidos de América indican consistentemente que los grupos socioeconómicamente más desfavorecidos tienen mayores probabilidades que los grupos blancos de mejor situación socioeconómica, de vivir cerca de instalaciones contaminantes, de consumir alimentos contaminados y de ser contratados en ocupaciones de riesgo. Igualmente, las investigaciones confirman que estas minorías son menos capaces de prevenir y remediar tales inequidades<sup>9</sup>.

Ahora bien, el concepto de *justicia ambiental* presenta dos esferas distintas, aunque relacionadas entre sí: por un lado, está el aspecto del tratamiento justo que tiene directa relación con la idea de *justicia distributiva*; y, por el otro, está el aspecto de la participación significativa que apunta, a su vez, a la idea de *justicia participativa*.

En lo referido al primer ámbito, y sin pretender ofrecer una descripción exhaustiva y detallada de éste para nada sencillo asunto, baste decir que la *justicia distributiva* tiene que ver con la adecuada (proporcional) distribución de los bienes y cargas sociales disponibles. Una de las consecuencias más importante de sostener que las cargas ambientales deben ser distribuidas proporcionalmente entre los distintos miembros de la sociedad es que todo tratamiento diferenciado requiere de justificación<sup>10</sup>, es decir, toda distribución des-

<sup>6</sup> Véase SHRADER-FRECHETTE (n. 3), p. 5.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>8</sup> Véase la abundante bibliografía incluida en la cita a pie de página n. 10, contenida en SHRADER-FRECHETTE (n. 3)

<sup>9</sup> Con respecto a quienes viven cerca de instalaciones contaminantes y a quienes se desempeñan en ocupaciones de riesgo véase la cuantiosa bibliografía incluida en la cita a pie de página n. 12, contenida en SHRADER-FRECHETTE (n. 3), p. 7.

<sup>10</sup> Véase W.K. Frankena, "Some Beliefs about Justice", in *Philosophy of Law*, J. Feinberg and H. Gross, eds., pp. 252-257; Louis P. POJMAN, "Equality: A Plethora of Theories", in *Journal of Philosophical Research*, vol. 24, 1999, pp. 193-245; Elizabeth S. ANDERSON, "What

igual importará un traspaso de la carga de la prueba al discriminador. Sólo mediante el aseguramiento de este aspecto: “se proveería a la gente de varias regiones geográficas, particularmente aquellas habitadas por pobres, con la presunción de que deben ser tratados igualitariamente”<sup>11</sup>.

Atendiendo al hecho de que no únicamente un sistema distributivo es suficiente en orden a promover la justicia ambiental, es que adquiere sentido y relevancia la *justicia participativa*, el segundo ámbito de la justicia ambiental. Tal concepto es necesario para ayudar a asegurar la existencia de normas institucionales y de procedimiento que garanticen a todas las personas la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones<sup>12</sup>. De otra forma, “las víctimas de la desigualdad de oportunidades tienen mayores probabilidades de experimentar explotación, marginalización, impotencia y violencia”<sup>13</sup>. Por lo tanto, una alternativa razonable para alcanzar la *justicia participativa* en la toma de decisiones ambientales sería que las partes interesadas y los expertos tengan el mismo peso<sup>14</sup>. De este modo, el escoger la ubicación de una planta o actividad riesgosa no es solamente un asunto en el que los expertos se limiten a decir que tal o cual lugar es lo suficientemente seguro, sino que, también, es una cuestión de qué es lo que digan los actores interesados respecto a lo que es suficiente información, suficiente compensación y suficientemente justo<sup>15</sup>.

En concordancia con lo hasta acá dicho, se tiene que la noción de *justicia ambiental* tiene relación con la equitativa distribución de las externalidades ambientales negativas que se generan en toda sociedad. Ahora, cuando esa distribución no responde a parámetros de equidad y proporcionalidad y, como consecuencia de aquello, la degradación ambiental es asumida –casi invariablemente a lo largo del tiempo– por determinados grupos de personas que, por no ejercer poder económico, político o social alguno, se ven imposibilitados de implementar mecanismos de presión destinados tanto a salvaguardar sus intereses como a ejercitar adecuadamente sus derechos, se debe entender que se está en presencia de una *discriminación ambiental*.

---

Is The Point of Equality?”, in *Ethics*, vol. 109, N° 2, 1999, pp. 287-337. Citado SHRADER-FRECHETTE (n. 3), p. 27.

<sup>11</sup> SHRADER-FRECHETTE (n. 3), p. 27

<sup>12</sup> Véase SHRADER-FRECHETTE (n. 3), p. 28.

<sup>13</sup> Véase Iris MARION YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 26-28, 64-65. Citado en SHRADER-FRECHETTE (n. 3)

<sup>14</sup> Véase SHRADER-FRECHETTE (n. 3)

<sup>15</sup> *Ibid.*

Nada más que como una advertencia final, cabe precisar que, aun cuando los conceptos de *justicia y discriminación ambiental* carecen de una consagración explícita dentro del espectro normativo conformado por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, sí se puede sostener que uno y otro son manifestaciones específicas de dos fundamentales ideas –ampliamente recogidas, por lo demás– propias de este campo del Derecho: el principio de igualdad y la garantía de no discriminación, respectivamente. De ahí, entonces, que sea factible establecer una vinculación entre los conceptos de *justicia y discriminación ambiental* con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El puente lo proporciona el principio de igualdad y la garantía de no discriminación, ambas nociones que pasan a desarrollarse a continuación junto con el relato de tres elocuentes casos.

## II. LOS CASOS

Habiendo introducido los conceptos de *justicia y discriminación ambiental*, corresponde ahora dar cuenta de tres actuales y reveladores casos sobre ambas nociones para, precisamente, contrastarlos con lo que los estándares normativos –internacionales y nacionales– prescriben en materia de igualdad y no discriminación. Importante es destacar, a este respecto, la existencia de un sinnúmero de referentes internacionales que, de manera consistente, minuciosa y coherente, han venido fijando los más altos estándares sobre la materia, todos los cuales se encuentran vigentes y han sido ratificados por el Estado de Chile, lo que significa que cualquier infracción de los mismos compromete la responsabilidad internacional del Estado chileno.

### A. Rinconada de Maipú<sup>16</sup>

Un interesante y paradigmático caso, que ofrece una directa vinculación con las nociones de *justicia y discriminación ambiental*, es el de Rinconada de Maipú, en la RM. Emplazada en un sector rural de la comuna de Maipú, de enorme riqueza agrícola y en el que habitan

---

<sup>16</sup> Gran parte de la información que contiene este apartado ha sido obtenida del *Informe Rinconada de Maipú* elaborado por la Clínica DESCA de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales el año 2007.

aproximadamente tres mil quinientas personas<sup>17</sup> repartidas en tres unidades vecinales<sup>18</sup>. Si bien son muchos los problemas medioambientales que enfrenta esta particular zona de la RM, prestaremos atención a algunos aspectos claves y de directa incidencia en materia de discriminación ambiental.

### *1. Fuentes de contaminación ya existentes*

Entre las fuentes de contaminación destacan, en primer lugar, dos importantes plantas de tratamiento de aguas servidas: La Farfana y El Trebal (ambas de propiedad de Aguas Andinas S.A.). La primera de ellas –la más moderna de Latinoamérica y que sanea el 50% de las aguas servidas de Santiago<sup>19</sup>–, se hizo ampliamente conocida luego de que, en dos oportunidades distintas (en 2003 y en 2004) y poco después de ser inaugurada, noventa mil toneladas de lodo no tratado se acumularan al aire libre, provocando hedores insoportables no sólo en Maipú sino, también, en varias de las comunas aledañas. El Trebal, por su parte, entró en operaciones el año 2001 y actualmente sanea el 25% de las aguas servidas de la capital<sup>20</sup>.

En segundo lugar, en el sector de Rinconada se ubica, en una superficie aproximada de novecientas hectáreas, el Relleno Sanitario Santiago Poniente (perteneciente a la empresa Proactiva Servicios Urbanos S.A., ex-Coinca S.A.), ideado para recibir cuarenta mil toneladas mensuales de basura procedentes de las comunas de Cerrillos, Estación Central, Pedro Aguirre Cerda, Peñalolén, Puente Alto, El Bosque, La Florida, La Granja y Lo Espejo. Tal cantidad de desechos corresponde a parte de los residuos sólidos domiciliarios que dejaron de ser enviados al vertedero de Lepanto, luego de que se decretara su cierre el año 2002, el cual durante diez años fue el centro de acopio de los desechos de veintiún comunas del sur de Santiago,

---

<sup>17</sup> De acuerdo con el último Censo Nacional (2002), la comuna de Maipú tiene una superficie de 135,5 km<sup>2</sup>, de los cuales sólo 32,1 km<sup>2</sup> equivalen a zonas urbanizadas mientras que 85,2 km<sup>2</sup> corresponden a tierras agrícolas. Sin embargo, el mismo Censo indica que Maipú tiene una población de cuatrocientos sesenta y ocho mil trescientos noventa habitantes, alcanzando la población urbana las cuatrocientas sesenta y cuatro mil ochocientos ochenta y dos personas, equivalentes al 99,3%. Véase [http://portal.maipu.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=269&Itemid=248](http://portal.maipu.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=269&Itemid=248), visitada el 12 de febrero de 2008.

<sup>18</sup> Las tres unidades vecinales que se emplazan en Rinconada son: Joaquín Olivares, El Maitén y Lo Vial.

<sup>19</sup> Véase CLÍNICA DESCA, *Informe Rinconada de Maipú*, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2007, p. 39.

<sup>20</sup> *Ibid.*

alcanzando un promedio de recepción de cuatro mil toneladas diarias de basura<sup>21</sup>.

En tercer lugar, se ha constatado la presencia de siete empresas extractoras de áridos, de las cuales, sólo una de ellas se sometió con éxito al SEIA<sup>22</sup>, mientras que las otras no cumplen con todos los requisitos que exige la ley para poder operar, lo que las pone en una situación de abierta irregularidad<sup>23</sup>. Habría que agregar a estos antecedentes, en cuarto y último lugar, las descargas clandestinas de empresas y particulares en el Camino Rinconada de todo tipo de residuos (orgánicos e inorgánicos), además de perros vagabundos y abandonados, según lo ha podido verificar en terreno la Clínica DESC-CA de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales<sup>24</sup>.

Es importante precisar que el carácter de “fuente contaminante” con el que se ha catalogado a estas diversas actividades encuentra justificación en el hecho de que, en el caso de los malos olores, éstos son enteramente atribuibles a las dos plantas de tratamientos de aguas servidas y, muy especialmente, al Relleno Sanitario Santiago Poniente. Esto es así, ya que, al menos dos de una serie de condiciones impuestas por la resolución que autorizó el funcionamiento del relleno, se referían al adecuado manejo de líquidos percolados<sup>25</sup>, así como al apropiado control de olores. A través de estas dos exigencias la empresa se comprometía a instalar una planta de tratamiento de líquidos percolados, a crear un sistema de denuncias y a disponer de un olfatómetro, condiciones que hasta hoy no se cumplen a cabalidad.

Igualmente, en el caso del Relleno Sanitario Santiago Poniente se da la particularidad de que la procedencia de los malos olores, además de tener origen en el sitio mismo donde se emplaza el relleno, provendrían de los muchos camiones que transportan –por la única vía que existe– los desechos hasta ese lugar y de los desperdicios –sólidos y líquidos– que éstos dejan caer durante su trayecto<sup>26</sup>. Agrava la situación de contaminación en el sector el hecho de que estos malos

---

<sup>21</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2007, p. 173.

<sup>22</sup> Véase CLÍNICA DESC-CA (n. 16), pp. 24-35.

<sup>23</sup> Específicamente estas empresas extractoras no cumplen con exigencias contenidas en legislaciones de carácter ambiental, municipal, de salud y de orden territorial.

<sup>24</sup> Véase CLÍNICA DESC-CA (n. 16), p. 35.

<sup>25</sup> De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia ‘percolar’ es propio de los líquidos y significa “moverse a través de un medio poroso”.

<sup>26</sup> Véase EQUIPO PSICOLOGÍA COMUNITARIA, *Informe de Impacto Psicoambiental. Rinconada de Maipú*, Santiago Universidad de Chile, julio de 2006, p. 42.



olores se mezclen con los que emanan de los cursos de agua cercanos a las mencionadas plantas –como el río Mapocho y el Zanjón de la Aguada–, en especial durante la época estival cuando las altas temperaturas hacen que los malos olores se intensifiquen. Aunque tampoco el panorama es muy alentador en invierno cuando, a causa de las intensas lluvias, estos caudales se desbordan y entran en contacto directo con las viviendas más próximas aumentando el riesgo de enfermedades e infecciones<sup>27</sup>.

Otros problemas de contaminación se relacionan con la generación de *ruidos molestos* y con *la emanación de polvo*. En el caso del material particulado respirable (PM10), éste se origina como resultado del movimiento de grandes cantidades de tierra y piedra –propios de la extracción de áridos– y del constante tránsito de camiones, lo que constituye una amenaza para la salud de las personas que habitan en las proximidades de estas plantas, dado los nocivos impactos que generan estas peligrosas partículas en el sistema respiratorio<sup>28</sup>. En el caso de la contaminación acústica, ésta encuentra explicación, además de las extracciones que se realizan durante el día y de la ininterrumpida circulación de camiones que transportan material, en el hecho de que algunas plantas prolonguen sus faenas extractivas durante toda la noche<sup>29</sup>, produciendo una serie de efectos perjudiciales en la salud de las personas, como deficiencias en la audición, trastornos del sueño y la conducta, merma en el rendimiento y disfunciones fisiológicas o de salud mental, entre otros<sup>30</sup>.

Asimismo, se evidencian problemas de carácter vial al existir sólo una vía de acceso frente al continuo incumplimiento por parte del relleno sanitario de ofrecer una alternativa de descongestión<sup>31</sup>. Es más, de los distintos tipos de vehículos que transitan por el sector, los que con mayor frecuencia lo hacen son los de las diversas industrias emplazadas en Rinconada, en especial aquéllos que transportan basura al relleno sanitario (de hecho, se ha llegado a constatar que la frecuencia de camiones en una hora llega a los cuarenta)<sup>32</sup>. Indu-

---

<sup>27</sup> EQUIPO PSICOLOGÍA COMUNITARIA (n. 26).

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> En un comienzo la empresa se había comprometido a utilizar y a mejorar el Camino Rinconada como vía alternativa hasta julio de 2003, mientras se construía la vía definitiva Silva Carvallo. A pesar de que la autoridad ya ha sancionado económicamente a la empresa por este concepto, hasta hoy todavía no cumple con esa exigencia.

<sup>32</sup> Véase EQUIPO PSICOLOGÍA COMUNITARIA (n. 26), p. 47.

dablemente, la frecuencia con que vehículos de tamaño envergadura transitan por el único camino existente junto con la falta de señalización y de veredas para que transiten los peatones, constituyen un factor de riesgo importante para quienes se desplazan por la ruta, en especial para los que lo hacen en vehículos menores, en bicicleta o caminando. De hecho, desde la entrada en funcionamiento del relleno ya se han protagonizado dos accidentes de tránsito que involucraron a camiones cargados con basura y que le causaron la muerte a dos personas<sup>33</sup>.

Un cuarto problema de contaminación lo constituyen las *descargas clandestinas* de toda clase de desechos realizadas generalmente por las noches, lo que ha aumentado el malestar de los vecinos, ya que, además de tener que convivir con un relleno sanitario, deben soportar que gran parte de la sociedad –autoridades competentes, grupos económicos y particulares– vincule, desde hace ya largos años, al sector de Rinconada –el lugar que ellos escogieron para vivir– como el “gran basural” de Santiago Poniente, donde puede ser depositada toda clase de desperdicios<sup>34</sup>. No está demás agregar que estas prácticas clandestinas han propiciado, con los consecuentes riesgos para la salud de las personas que esto implica, la aparición de plagas de moscas y ratas, así como la presencia de perros abandonados y vagos que se han visto atraídos por el relleno sanitario y por los desechos que se encuentran desperdigados en el sector<sup>35</sup>.

Se han detectado, finalmente, dos eventuales problemas asociados a los diversos focos de contaminación ya identificados, como son la posible contaminación de las aguas subterráneas y el potencial daño a los terrenos agrícolas. En relación con la posible contaminación de las aguas subterráneas, se sabe que la comuna de Maipú se encuentra situada sobre enormes reservas de agua potable, de ahí que cualquier potencial amenaza sobre tan elemental recurso no sólo pone en riesgo la salud y vida de quienes lo consumen sino que, además, complica la situación financiera de la propia municipalidad, pues parte importante de los ingresos municipales son aportados por la empresa pública SMAPA. En el caso de los eventuales daños a los terrenos agrícolas resulta, a lo menos llamativo, que se hayan otorgado los permisos para instalar un relleno sanitario en terrenos de tan alta productividad agrícola. Así, una eventual contaminación tanto

---

<sup>33</sup> Véase EQUIPO PSICOLOGÍA COMUNITARIA (n. 26), p. 52.

<sup>34</sup> Véase *op. cit.*, p. 47.

<sup>35</sup> *Ibid.*

de las tierras como de las fuentes de agua, muy probablemente alterará estructuras y prácticas laborales que desde hace varios años ejecutan los agricultores del sector. Revelador, en este sentido, resulta ser el antecedente de que muchos de ellos hayan empezado a cultivar sólo productos que puedan ser consumidos una vez hervidos<sup>36</sup>.

## 2. *Inequidad urbana*

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, y tal como se ha puesto de manifiesto, los habitantes de Rinconada de Maipú han debido tolerar, desde hace ya un buen tiempo, afectaciones palmarias sobre sus derechos a la integridad física y síquica, a la salud, a la vida privada, a vivir en un medio libre de contaminación, a la propiedad, entre otros, a causa de las deplorables condiciones ambientales a las que han sido sometidos.

Lo anterior, además de importar un goce y ejercicio discriminatorio por parte de esos habitantes de tan relevantes derechos, viene a recalcar –una vez más– que:

“el grado de vulnerabilidad y exposición a calidades ambientales deficitarias en algunas comunas de Santiago, como es el caso de Maipú, específicamente la zona de Rinconada, no es casual, sino que está estrechamente vinculado a la lógica inequitativa que orienta el proceso de urbanización del área de Santiago”<sup>37</sup>.

Ya en diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos se constituye como uno de los primeros referentes internacionales en fijar estándares en materia de igualdad y no discriminación cuando, en su artículo 1, establece que:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”.

Lo mismo hace el artículo 2.1. al disponer que:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color,

---

<sup>36</sup> EQUIPO PSICOLOGÍA COMUNITARIA (n. 26).

<sup>37</sup> CLÍNICA DESCA (n. 16), p. 3.

sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Otro tanto sucede con el artículo 7 cuando señala que:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Otros dos importantes referentes internacionales que han creado obligaciones de esta naturaleza son el PIDCP y el PIDESC, puesto que fijan sus propios parámetros de igualdad y no discriminación. Por medio del artículo 2.1. del primero de ellos, cada Estado se compromete:

“a respetar y a garantizar a todos los individuos (...) los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Aún más específico en la materia –incluso más que el artículo 7 de la Declaración Universal– es el artículo 26 del PIDCP cuando señala que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, el PIDESC, a través de su artículo 2.2., establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian,

“sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen na-

cional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Desde una perspectiva regional, otro trascendental referente lo constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) respecto de la cual cada Estado se compromete, según lo dispuesto en el artículo 1.1.,

“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”.

No obstante aquello, el artículo 24 hace explícita referencia a las nociones de igualdad ante la ley y no discriminación, señalando que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Nuestra Constitución Política, por su parte, también otorga un sitio de trascendencia a tan gravitantes conceptos. En el caso del principio de igualdad su recepción en la carta fundamental, aparte de ser muy amplia<sup>38</sup>, ha resultado ser decidora, ya que éste se erige como uno de los principios fundacionales de todo nuestro sistema político. No obstante, de todas las manifestaciones constitucionales del mismo, las que se erigen como las más relevantes son dos. La primera es la contenida en el artículo 19 N° 2, mediante el cual se les asegura a todas las personas:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. (...) Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

---

<sup>38</sup> La idea de igualdad se hace evidente en los siguientes preceptos constitucionales: art. 1 incs. 1, 4 y 5; art. 6 inc. 2; art. 15; art. 18; art. 19 N° 2, 3, 6, 7, 9 inc. 2, 10, 12, 15 inc. 5, 16 inc. 3, 20, 21 inc. 2, 22; y art. 98.

La segunda de estas manifestaciones es la relativa a la igualdad ante las cargas públicas<sup>39</sup>, asegurada en el artículo 19 N° 20 inciso 1 en los siguientes términos:

“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas (...)”.

En un afán por descifrar y enriquecer el alcance y contenido normativo del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación recogidos por gran parte de los instrumentos recién aludidos (aunque, fundamentalmente, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por medio de su observación general N° 18<sup>40</sup> –relativa, precisamente, a la no discriminación–, ha indicado que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”<sup>41</sup>. Es más, ha señalado el Comité que, debido a su “carácter básico y general”, el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley, en muchas ocasiones se establecen expresamente en diversos artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos<sup>42</sup>. Lo que justamente sucede, por ejemplo, en muchos de los preceptos anteriormente señalados que, con mayor o menor detalle, hacen explícita mención a los principios de igualdad y no discriminación.

A pesar de que el concepto de discriminación no sea definido por ninguno de los instrumentos internacionales anteriormente men-

---

<sup>39</sup> El concepto de *cargas públicas* se relaciona con “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”. Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo II, p. 285.

<sup>40</sup> Las observaciones o comentarios generales son interpretaciones oficiales de un derecho específico enumerado en un instrumento internacional como un convenio, una convención o un tratado. Son elaboradas por comités de supervisión de las Naciones Unidas, compuestos por expertos independientes que tienen por finalidad supervisar la puesta en práctica de los convenios, convenciones o tratados. Así, las observaciones generales se erigen como las interpretaciones autorizadas de estos instrumentos internacionales.

<sup>41</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 37º período de sesiones (1989), Observación general N° 18, párrafo 1.

<sup>42</sup> Véase *op. cit.*, párrafo 3.

cionados –con excepción de la detallada descripción de sólo un tipo específico de aquél como lo es el de *discriminación racial* contenida en el artículo 1 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, según se verá más adelante–, el Comité de Derechos Humanos es enfático en señalar que:

“el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>43</sup>.

Un aspecto de suma relevancia que destaca el Comité apunta a que el artículo 26 del PIDCP no reitera la garantía ya prevista en el artículo 2 del mismo Pacto, sino que establece un “derecho autónomo”. Tal artículo –recalca el Comité–

“Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”<sup>44</sup>.

Por consiguiente, es plenamente factible esgrimir como aspectos elementales de una adecuada y justa política ambiental el principio de igualdad y la garantía de no discriminación. Lo anterior, más que constituir una interpretación forzada de los instrumentos internacionales es, más bien, una interpretación sensata de los mismos, avala-

---

<sup>43</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (n. 41), párrafo 7.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, párrafo 12.

da, incluso, por los órganos encargados de supervisar la puesta en práctica de esos acuerdos: los órganos de los tratados de Naciones Unidas.

Si lo anterior –y esto es importante– no es llevado a la práctica por los Estados o lo es hecho de forma deficiente o parcial, el papel que –de acuerdo con el Comité y a la luz del principio de igualdad– les cabe a éstos una vez enfrentados a escenarios de esa naturaleza (como lo sería, por ejemplo, una hipótesis de *injusticia ambiental* marcada por el goce y ejercicio inequitativo y discriminatorio de cualquiera de los derechos reconocidos en los convenios internacionales anteriormente descritos) es:

“adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. (...), en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”<sup>45</sup>.

### 3. De la ausencia de una “variable de justicia medio ambiental” en la evaluación del impacto ambiental para Rinconada de Maipú

Finalmente, resulta importante destacar un caso adicional relacionado con la inequitativa distribución de las cargas medioambientales en Rinconada de Maipú. En esta zona se contemplaba instalar la planta de compostaje<sup>46</sup> de residuos orgánicos más grande de Sudamérica (de propiedad de Agroindustrial Pullihue Ltda.) capaz de recibir dieciocho mil toneladas de desechos al mes. En ella se compostarían

<sup>45</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (n. 41), párrafo 10.

<sup>46</sup> El *compostaje* es un “proceso natural de descomposición de la materia orgánica mediante el trabajo de microorganismos (bacterias y hongos). Su producto final es el compost (fertilizante natural de suelo), el que es utilizado en el mejoramiento de los suelos”. Víctor Hugo LIMARDO, *Diccionario de Ecología y Medio Ambiente*, Concepción, Escaparate Ediciones, 2002.



lodos provenientes de plantas de tratamiento de aguas servidas y residuos industriales (procedentes de terminales pesqueros, mataderos, etc.), no contemplándose el tratamiento de residuos orgánicos domiciliarios. Pues bien, a pesar de que la COREMA Metropolitana –en primera instancia en junio de 2006– y el Consejo Directivo de la CONAMA –en segunda instancia en diciembre de 2007– rechazaran la instalación de esta planta de compostaje aduciendo insuficiencias en los análisis asociados a los olores, llama la atención la ausencia de una consideración específica de la autoridad, en relación a las cargas medioambientales en esta zona de la RM.

En efecto, el motivo del rechazo tanto por parte de la Corema Metropolitana como del Consejo Directivo de la CONAMA, tal negativa se fundamentó en consideraciones de carácter técnico (estudios de olores incompletos), pero en ninguna parte de la RCA se hizo referencia al argumento de la *justicia* o al de la *discriminación ambiental*. Esto es, de haberse otorgado pruebas suficientes de calidad de olores por parte de los solicitantes, la planta de compostaje hubiese sido probablemente aprobada, lo que hubiera saturado aun más el ya delicado marco de costos medioambientales para ese sector de Santiago.

*B. Basurales y plantas de tratamiento de aguas servidas  
en la Región de la Araucanía*

En tiempos en que el Estado de Chile acaba de ser elegido miembro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el mismo debe dar respuesta a una denuncia interpuesta por racismo y discriminación socio-ambiental en su contra ante el CEDR de las Naciones Unidas<sup>47</sup>. Por medio de este requerimiento se le solicita al CEDR que intervenga basado en su facultad de dictar Medidas de Alerta Temprana o Procedimiento de Urgencia; en este caso, en favor de comunidades mapuches y campesinas de la Región de la Araucanía, las cuales se habrían visto afectadas por la instalación de diversos vertederos y plantas de tratamiento de aguas servidas en sus territorios.

---

<sup>47</sup> “La advertencia de la ONU a Chile por discriminación ambiental”, en *El Mercurio*, Santiago, 15 de junio de 2008.

### *1. La desproporcionada ubicación de basurales y plantas de tratamiento de aguas servidas al interior o aledañas a comunidades mapuches*

El trasfondo de la interposición de esta denuncia encuentra justificación en lo perjudicial que ha resultado ser para los territorios y ecosistemas de las comunidades mencionadas, así como para la calidad de vida y la salud de sus miembros, la ejecución de determinadas políticas públicas<sup>48</sup>. Claro ejemplo de esto lo constituye la ubicación de los basurales de las comunas de Galvarino, Gorbea, Nueva Imperial, Loncoche, Melipeuco, Perquenco, Pitrufquén, Pucón, Puerto Saavedra, Teodoro Schmidt, Temuco, Vilcún, Villarrica, Ercilla, Los Sauces, Lumaco, Purén, Lautaro, que se sitúan al interior, contiguamente o en las cercanías de comunidades mapuches; y los de las comunas de Cunco, Freire y Traiguén, que se ubican próximos a poblaciones de campesinos de escasos recursos<sup>49</sup>. Otro tanto sucede con la reciente instalación de diversas plantas de tratamiento de aguas servidas –varias de las cuales son químicas– o con las expansiones urbanas y proyectos inmobiliarios que lo hacen hacia los terrenos de las comunidades.

Corroboran estos hechos las reveladoras cifras que indican que en la Región de la Araucanía cerca del 20% de la superficie total de la Región corresponden a territorios mapuches, grupo étnico que representa alrededor del 25% del total de la población en la misma Región. No obstante lo anterior, esta proporcionalidad no se condice con el hecho de que el 70% de los vertederos se ubiquen al interior o en zonas contiguas a las comunidades mapuches, donde se depositan mensualmente más de once mil trescientas toneladas de basura de las dieciséis mil que se generan en la mayoría de las treinta y dos comunas que existen en la Región<sup>50</sup>. De igual forma, el 100% de las

---

<sup>48</sup> “Racismo Socio Ambiental: Estado de Chile y su impresentable situación de Derechos Humanos con el Pueblo Mapuche”, en *Mapuexpress.net*, 11 de febrero de 2008, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=2608>, visitada el 20 de febrero de 2008.

<sup>49</sup> “Conflicto público de basurales en territorio Mapuche”, en *La Novena*, 12 de febrero de 2004, en <http://www.lanovena.net/content/view/5772/4/>, visitada el 22 de febrero de 2008.

<sup>50</sup> Véase Alfredo SEGUEL, *Basurales en comunidades mapuche: Un conflicto latente en la Región de la Araucanía*, Santiago, OLCA, 2003, p. 7. También véanse los antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas espera a Estado de Chile por grave denuncia de Racismo Socio Ambiental en la Región de la Araucanía”, en *El Ciudadano*, 2 de marzo de 2008, en <http://www.elciudadano.cl/2008/03/02/naciones-unidas-espera-a-estad/>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

plantas químicas de tratamiento de aguas servidas se han instalado sobre suelo mapuche, con los consecuentes riesgos para la población y el ecosistema que actividades de esta naturaleza involucran<sup>51</sup>, tales como el manejo y disposición de lodos y la emanación de olores.

Basándose en estos argumentos y antecedentes, representantes de las comunidades afectadas, junto con organizaciones sociales, ambientales y de derechos humanos presentaron, a principios del año 2007, la denuncia ante la secretaría del CEDR, esgrimiendo la violación de los derechos contenidos en la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial. Acogida la denuncia por el mencionado Comité, se remitió en agosto de 2007 una comunicación oficial al Estado de Chile solicitándole antecedentes y fijando plazos para la presentación de un consolidado por los periódicos retrasos que mantiene ante ese Comité –el cual deberá ser entregado en junio de 2008– y de un informe exclusivo sobre la situación de basurales y plantas químicas de aguas servidas que afectan a comunidades mapuches y campesinas en la Novena Región, el que debió ser presentado en noviembre de 2007, aunque por el momento, el gobierno todavía no lo hace<sup>52</sup>. En caso de no dar respuesta a los requerimientos en los plazos señalados, el Comité revisará la situación de Chile en la próxima reunión a realizarse entre el 28 de julio y el 16 de agosto en Ginebra<sup>53</sup>.

## *2. El impacto de los basurales sobre comunidades mapuches*

El complejo panorama de los basurales en la región se remonta a comienzos de la década del noventa cuando, ante la falta de legislación ambiental e indígena adecuada, los municipios de Temuco, Gorbea, Lumaco, Perquenco, Melipeuco, Pitrufquén, Loncoche, Nueva Imperial, Vilcún, Cunco, Carahue, Collipulli y Traiguén, instalaron vertederos al interior de comunidades mapuches. Parte de las repercusiones negativas de estas lagunas legales son que, actualmente, de los veintiocho basurales que se instalaron en la región quince ya cumplieron su vida útil (es decir, expiró su año de cierre); nueve se encuentran sin autorización sanitaria, pues la mayoría de ellos obtuvieron sus autorizaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de

---

<sup>51</sup> “Racismo Socio Ambiental...” (n. 48).

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> “Mapuches acusan al Estado chileno de racismo ambiental”, en *La Nación*, Santiago, 24 de junio de 2008.

normativas ambientales y de la Ley Indígena (ley N° 19.253); y veinticinco se encuentran sin RCA<sup>54</sup>.

Fuera de los impactos culturales que han generado estas prácticas (se piensa en los impactos sobre la noción de *territorialidad* que tienen los pueblos indígenas<sup>55</sup>), se evidencian preocupantes implicancias ambientales y económicas sobre estas comunidades. Así, la contaminación de los cursos de aguas superficiales y subterráneas (muchos de los vertederos se ubican a escasos metros de fuentes importantes de agua) y la generación de focos infecciosos no sólo han dañado la calidad de los terrenos y puesto en riesgo la salud y la vida de las personas que viven en las cercanías de los vertederos y del ganado (indispensable para su subsistencia) sino que, también, ha amenazado sus posibilidades de acceso al agua potable. Como han señalado algunos miembros de las comunidades que interpusieron la denuncia, se “ha afectado el desarrollo de nuestras actividades productivas tradicionales, nuestra sustentabilidad, la práctica libre de nuestra cultura, nuestra dignidad, salud e integridad física y psicológica, nuestra autoestima y también nuestra vida”<sup>56</sup>.

Agregan los afectados que:

“Hay gente que está viviendo y respirando al lado de la basura todos los días del año. (...) En Temuco, el vertedero de Boyeko se encuentra a 120 metros de la Escuela Básica, pese a que la legislación pide como mínimo 300”<sup>57</sup>.

De hecho, el acontecimiento más grave que se ha registrado hasta ahora, fue la muerte del menor de cuatro años Aquiles Rodrigo Epul Huitraqueo, en agosto de 2000. El menor, que vivía cerca del verte-

---

<sup>54</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas...” (n. 50).

<sup>55</sup> Para hacerse una idea de lo que comprende la noción de *territorialidad* conviene hacer mención al fallo del caso de la comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay. En éste la Corte IDH sostuvo que: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Sentencia Yákye Axa, párrafo 135.

<sup>56</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas...” (n. 50).

<sup>57</sup> “Mapuches acusan...” (n. 53).

dero Boyero, se cortó en uno de sus pies y fue curado con hierbas medicinales contiguas al basural<sup>58</sup>.

### *3. Plantas de tratamiento de aguas servidas y comunidades mapuches*

En el caso de las plantas de tratamiento de aguas servidas el problema tampoco ha resultado ser menor. Hacia el año 2005, cuando el promedio nacional de cobertura de tratamiento de aguas servidas ascendía al 81% y en la Región de la Araucanía sólo alcanzaba el 15% –lo que la constituía en una de las más atrasadas de todo el territorio nacional–, la empresa sanitaria estatal Essar inició la construcción de una serie de plantas de tratamiento de aguas servidas de tipo biológica, teniendo por justificación, precisamente, la necesidad de revertir esas cifras<sup>59</sup>. Tiempo después, sin embargo, la empresa decidió licitar el plan de saneamiento de aguas servidas 2005-2006 a la empresa Aguas Araucanía S.A., el cual contemplaba la construcción y operación de diecisiete plantas de tratamiento de tipo biológico o tecnología superior, aunque, posteriormente, diez de ellas fueron transformadas al tratamiento de tipo primario químicamente asistido<sup>60</sup>.

En consideración a estos antecedentes los denunciantes aseguran que este nuevo proyecto tendrá como víctimas de los daños ambientales a cuarenta y tres comunidades mapuches, ya que al menos nueve de las dieciséis plantas de tratamiento se construyen al interior de comunidades mapuches o en un radio de impacto de dos kilómetros<sup>61</sup>. La principal preocupación de las comunidades denunciantes

“es que se viertan químicos peligrosos para la calidad de nuestras aguas, lo que podría afectar la biodiversidad de los ríos y lagos de nuestro territorio, las actividades agropecuarias y nuestra salud, agravando las condiciones en que están nuestras tierras por el deterioro producido por los vertederos, así como por la actividad forestal, hidroeléctrica y el desagüe de los desechos tóxicos de grandes industrias (...)”<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> “Mapuches acusan... (n. 53).

<sup>59</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas... (n. 50).

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas... (n. 50).

Igualmente, los afectados han manifestado su preocupación y malestar porque algunas plantas de tratamiento se han instalado sobre territorios de inapreciable valor cultural para las comunidades. Éste es el caso, por ejemplo, de la planta de tratamiento de aguas servidas de Villarrica que, de acuerdo con lo señalado por los miembros de las comunidades afectadas:

“(...) se instaló en un terreno que es patrimonio cultural. Allí se celebró hace 100 años uno de los encuentros más grandes del pueblo mapuche. Y reconocido esto por el Consejo de Monumentos y con una resolución de la Corte Suprema, aún así la planta de tratamiento se instaló acá”<sup>63</sup>.

De ser efectivas estas denuncias, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado de Chile, puesto que se estarían transgrediendo diversas normas de Derecho Internacional que versan sobre la materia, entre ellas, las de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. De acuerdo con los antecedentes presentados por los denunciantes ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, los hechos descritos:

“vulneran expresamente obligaciones tales como, no incurrir en acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y velar para que las autoridades e instituciones públicas hagan lo mismo; o la revisión de las políticas gubernamentales nacionales y locales, así como la enmienda o derogación de leyes y disposiciones reglamentarias que creen discriminación o la perpetúen”<sup>64</sup>.

Como un agravante adicional, están las disposiciones emanadas de la Recomendación General XXIII, relativa a los derechos de los pueblos indígenas (51° período de sesiones, 1997). Así, ya en agosto de 1999 el CEDR le recordaba al Estado chileno, a través de sus observaciones finales, que considerara, entre otras cosas:

“proporcionar condiciones que permitan a los Pueblos Indígenas un desarrollo económico y social sostenible, compatible

---

<sup>63</sup> “Mapuches acusan... (n. 53).

<sup>64</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas... (n. 50).

con sus características culturales; que no se adopte ninguna decisión que les afecte sin su consentimiento informado; y reconoce el derecho a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales o que estos les sean devueltos cuando hayan sido privados de ellos”<sup>65</sup>.

Lo anterior puede ser corroborado luego de revisar los términos en que la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial consagra las ideas de igualdad y no discriminación. Así, alcanzando niveles de mayor especificidad que el resto de los instrumentos internacionales hasta ahora señalados, esta convención indica, en su artículo 1, que:

“La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”.

Por su parte, en su artículo 2, se dispone que:

“1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, (...) una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas (...)”.

2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

---

<sup>65</sup> Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas... (n. 50).”

Finalmente, el artículo 5 de la misma convención señala que:

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

### *C. La comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen de Pargua*

Al igual con lo que ocurre con los vertederos y las plantas de tratamiento de aguas servidas ubicadas en la Región de la Araucanía, el caso de la comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen de Pargua Alto, Región de los Lagos, también posee la particularidad de dar cuenta de una inequidad ambiental que ha sido puesta en conocimiento de importantes organismos internacionales, particularmente la CIDH de la OEA. La relevancia de que estos casos sean conocidos en instancias internacionales radica en que los criterios de las autoridades nacionales, así como las políticas públicas ejecutadas por éstas en cada país, son contrastados con los más altos estándares normativos fijados por el derecho internacional –en este caso, el de los derechos humanos–. Tan riguroso examen reviste, por lo demás, una particularidad adicional: lo resuelto por esos organismos es totalmente vinculante para el Estado que se haya desapegado de estos estándares contenidos en instrumentos internacionales<sup>66</sup>.

#### *1. Eventuales impactos de las pesqueras sobre el derecho a la vida y la salud de la comunidad mapuche*

A comienzos del año 2007, y luego de un infructuoso peregrinaje por tribunales nacionales, las veinte familias que integran la comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen (que en mapudungún quiere decir “los que defienden con el corazón”), se vieron obligados a solicitarle a la CIDH la adopción inmediata de medidas cautelares. Dicha solicitud tenía por objetivo proteger la vida e integridad física y síquica de los miembros de la comunidad, en razón del riesgo de desplazamiento y migración

---

<sup>66</sup> En el particular caso de la CIDH afirmar esto no es del todo exacto, ya que el total acatamiento de una resolución internacional por parte de los Estados sólo se producirá si ésta es pronunciada por la Corte IDH.



forzada, como resultado de la aprobación, por parte de la autoridad pública, del proyecto de la empresa pesquera Los Fiordos Ltda., perteneciente al Consorcio Agrosuper. Este proyecto, ya en ejecución, se emplazaba a escasos treinta metros de sus hogares y tenía por finalidad instalar una planta de harina de pescado y de alimentos para pescado.

Igualmente, los peticionarios le solicitaron a la Comisión:

“la remisión de una urgente comunicación al Estado de Chile para que

- 1) adopten medidas urgentes que signifiquen el cese inmediato de la actividad de la empresa Los Fiordos,
- 2) que el Estado de Chile dé instrucciones para la protección del territorio indígena ancestral de la comunidad Pepiukëlen,
- 3) que garantice la vida, la seguridad y la integridad física y psíquica de la comunidad y de sus miembros, debiendo el Estado de Chile informar de estas medidas a la CIDH por la vía más rápida y efectiva, reestableciendo a la brevedad la vigencia efectiva del derecho a la vida, integridad física y psíquica, salud y otros derechos fundamentales de los afectados y afectadas y, en especial,
- 4) se solicita que el Estado de Chile envíe un informe sobre la situación de la comunidad Pepiukëlen y el estado de las medidas adoptadas para garantizar la vida e integridad de la comunidad en sus territorios”<sup>67</sup>.

Se ha sostenido por los denunciantes que el Estado de Chile, al aprobar los proyectos de las empresas salmoneras en Pargua, a escasos metros de las casas de la comunidad indígena, ha incumplido las obligaciones de respeto, garantía y protección contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referidas a los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales y debido proceso), 16 (libertad de asociación), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial), de la misma convención<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> “Declaración pública comunidad mapuche Huilliche Pepiukelen”, en *Observatorio.cl*, 23 de febrero de 2007, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20070223000357>, visitada el 7 de marzo de 2008.

<sup>68</sup> “Comunidad mapuche/huilliche emplaza al Estado a responder con la verdad Ante la CIDH”, en *Mapuexpress.net*, 24 de septiembre de 2007, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=1976>, sitio visitado el 6 de marzo de 2008.

Si bien los hechos de la solicitud se referían a la pesquera Los Fiordos, también lo eran respecto de otra empresa pesquera (Long Beach) que, en enero de 2004 y en una polémica votación marcada por la inasistencia de sus miembros, obtuvo la autorización de la COREMA de la Región de los Lagos para instalar una fábrica de harina y aceite de pescado. Sin embargo, en marzo de 2006, la misma COREMA aprobó otro proyecto en el mismo lugar para una nueva empresa pesquera (Los Fiordos), ya que su antecesora finalmente no se instaló. A este proyecto, pese a que debía evaluarse ambientalmente por un EIA<sup>69</sup>, sólo se le exigió una DIA<sup>70</sup>, aunque con posterioridad la propia Contraloría Regional de Los Lagos dictaminó llevar a cabo un EIA. Con todo, y a pesar de lo establecido por la Contraloría, la COREMA desatendió la indicación de esa entidad y en julio de 2006 decidió aprobar el proyecto de la pesquera, pese a que no se ajustó en su evaluación a lo que exige la ley y el reglamento vigente, en lo que al sometimiento a un EIA dice relación<sup>71</sup>.

Dentro de los efectos negativos que ha debido padecer la comunidad, como consecuencia de la instalación de una planta de harina de pescado y de alimentos para pescado, se pueden destacar aquéllos relacionados con la baja en los rendimientos de los cultivos. Éstos se han visto perjudicados por las obras industriales que ya ha comenzado a realizar la pesquera Los Fiordos, al punto de señalar los afectados que:

“este año la siembra de papas disminuyó bastante, en relación a años anteriores, también los árboles frutales y todo el campo

---

<sup>69</sup> Según el artículo 11 letra c) de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, requerirán un EIA los proyectos que importen “Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”.

<sup>70</sup> De acuerdo con el artículo 2 letra f de la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se entenderá por Declaración de Impacto Ambiental “el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”. Mientras que la letra i del mismo artículo define el Estudio de Impacto Ambiental como “el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”.

<sup>71</sup> “Declaración pública comunidad...” (n. 67).

se ve cada vez más afectado por la sequía que se ha producido por las excavaciones que ellos hicieron y sabemos que esto se ira acentuando día a día”<sup>72</sup>.

La comunidad indígena igualmente ha acusado graves problemas de salud entre sus miembros, quienes han declarado que: “producto de todo esto, tenemos personas con problemas nerviosos, con depresión, producto de lo que uno ve a los alrededores”<sup>73</sup>. Según ha declarado el propio lonko de la comunidad, Manuel Vera Millaquén:

“los animales ya no pueden andar libremente, los manzanos y los ciruelos se encuentran secos, se ha reducido toda la producción y tenemos una calidad de vida disminuida. Además, muchos miembros de la comunidad se han visto forzados a emigrar en búsqueda de otras fuentes de trabajo”<sup>74</sup>.

## *2. Alegaciones de violación al derecho a la privacidad de la comunidad mapuche*

Por otro lado, un nuevo episodio de este conflicto se comenzó a escribir luego de que la empresa iniciara la instalación de cámaras de vigilancia y la construcción de un muro divisorio de tres metros de altura entre los dos predios<sup>75</sup>. Frente a lo anterior, representantes de la comunidad interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 20 de diciembre de 2007, fundado en que con la construcción del muro se les estaba condenando a vivir encerrados en sus propias casas y que con las cámaras se les invade su privacidad, pues son vigilados constantemente. De hecho, según relata el lonko de la comunidad, “una de las cámaras da directamente a su casa y ellos están al tanto de todo lo que sucede en el interior, incluso pueden ver qué es lo que uno está comiendo”<sup>76</sup>. El recurso fue rechazado y, posteriormente, confirmado por la Corte

<sup>72</sup> “Comunidad recurre a justicia internacional contra salmoneras”, en *Ecoceanos News*, 16 de febrero de 2007, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20070216202109>, sitio visitado el 10 de marzo de 2008.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Entrevista telefónica efectuada con fecha 23 de mayo de 2008, por uno de los investigadores del equipo de la UDP a cargo de este capítulo.

<sup>75</sup> “Comunicado de prensa, comunidad mapuche-huilliche Pepiukelen de Pargua”, en *Observatorio.cl*, 20 de febrero de 2008, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20080221093252>, sitio visitado el 11 de marzo de 2008.

<sup>76</sup> Entrevista telefónica... (n. 74).

Suprema. La empresa, sin perjuicio de lo anterior, y ante la dictación de una orden de no innovar por la mencionada Corte (referente a las cámaras y a la construcción del muro), siguió adelante con sus trabajos de construcción. Este incumplimiento de la empresa acrecentó la molestia entre los comuneros al punto de haber protagonizado, el 15 de febrero de 2008, un violento enfrentamiento con trabajadores de una empresa subcontratista que realizaba estas labores para la empresa pesquera<sup>77</sup>.

### 3. Desarrollo, políticas públicas y discriminación

Lo interesante de este caso es que, si bien la venia de la autoridad puede encontrar justificación en razones prodesarrollo o pueden responder a la ejecución de políticas públicas definidas hace años o, incluso, cuando la autorizaciones a determinados proyectos se enmarquen completamente dentro de la legalidad, todavía es posible –sino necesario– plantear la inquietud relativa a que sistemática y repetitivamente son determinados grupos de la sociedad quienes deben lidiar con las externalidades ambientales negativas que generaría la industria salmonera de la Región de los Lagos.

Sin embargo, este argumento no se agota en este caso ni es exclusivo de él. Es también extrapolable a los otros tres relatos incluidos en este capítulo, así como a otros emblemáticos sucesos relacionados con discriminación ambiental, especialmente con aquella que deben padecer los pueblos indígenas, pues muchas veces los conflictos ambientales suelen solucionarse en contra de sus intereses y derechos. En efecto, según lo que el relator especial de la ONU para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas ha hecho ver en sus informes temáticos anuales, eso fue lo que ocurrió con la central hidroeléctrica instalada en Ralco, lo cual

“ilustra claramente las tensiones sociales que surgen entre un modelo de desarrollo modernizador y los costos sociales, ambientales y culturales que debe soportar el pueblo que carga con el peso de esa transformación económica”<sup>78</sup>.

Otro tanto es lo que sucede con las inconsistencias que se dan entre la legislación indígena y las diversas leyes sectoriales (sobre minas,

<sup>77</sup> “Comunicado de prensa... (n. 75).

<sup>78</sup> “Relator ONU publica crítico informe sobre realidad mapuche”, en *El Mercurio*, Santiago, 12 de febrero de 2008.

aguas, pesca, bosques, etc.), cuya aplicación puede resultar perjudicial para los derechos de las comunidades indígenas, tal como aconteció con la comunidad diaguita de los huascoaltinos que ha visto amenazados sus derechos territoriales y al agua por la ejecución del proyecto minero de Pascua Lama<sup>79</sup>.

Vale la pena mencionar, a este respecto, el recientemente ratificado convenio N° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual también hace expresa mención a las ideas de igualdad y no discriminación. Así, en el artículo 2, cuando los Estados asumen la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad, se precisa que tal compromiso deberá incluir medidas:

“a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población (...)”.

Mientras, su artículo 3.1. establece que:

“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación (...)”.

Cabría destacar todavía dos instrumentos internacionales que suelen ser entendidos como *soft law*<sup>80</sup>. El primero es la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo el año 1972, la cual expresa, en su principio 1, que:

---

<sup>79</sup> “Relator ONU publica...” (n. 78). El ya definitivamente aprobado proyecto minero Pascua Lama contempla la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre en la Región de Atacama, justo en el límite fronterizo con Argentina (de ahí que sea un proyecto binacional). Este proyecto fue ampliamente publicitado luego de que se afectaran tres glaciares que alimentaban las escasas fuentes hídricas del sector. Para mayor información se recomienda véase CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (n. 21), pp. 183-185.

<sup>80</sup> Por *soft law* se entiende aquellos instrumentos de Derecho Internacional, que a pesar de no ser vinculantes para los Estados, constituyen una referencia en cuanto a la dirección y evolución del Derecho Internacional en una materia específica (por ejemplo, declaraciones de conferencias internacionales o resoluciones de organismos internacionales).

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar (...). A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”.

El segundo es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, la cual establece, en sus principios 3, 5 y 22, respectivamente que:

“El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

“Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo”.

“Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

### III. SEGUIMIENTO A LOS CONTENIDOS DEL CAPÍTULO 2007

Como se señalara al comienzo de este capítulo, a continuación se dedicarán unos cuantos párrafos a realizar un seguimiento de los hechos incluidos en el capítulo del año anterior, por tratarse de temas muy relevantes que han seguido manifestándose en nuestro país. En esta oportunidad, el seguimiento se efectuará respecto de los principales hechos relatados en el *Informe* del año 2007 –es decir, sobre hechos ocurridos durante el año 2006– y las distintas evoluciones que evidenciaron durante el año 2007 y lo que va de 2008.

*A. Contaminación atmosférica,  
derecho a la vida y a la salud*

En lo que respecta a los derechos a la vida y a la salud, un aspecto importante a destacar es aquél relacionado con la contaminación atmosférica en la RM, ya que sus niveles fueron particularmente graves durante el año 2007 y en lo que va corrido de 2008. Así, si en todo el año 2005 se registraron cuatro alertas ambientales y sólo nueve horas de preemergencia, y luego de que durante 2006 la situación empeorara al constatarse catorce alertas y tres preemergencias, el escenario definitivamente se tornó insostenible –lo que confirma una preocupante tendencia– como consecuencia de los veintiocho episodios críticos de contaminación del aire (veintidós alertas y seis preemergencias) registrados durante el año 2007. Además, en este mismo período se alcanzaron los peores índices de contaminación de los últimos cinco años, panorama que tuvo a la capital muy cerca de vivir una emergencia ambiental, episodio que no se registra desde 1999<sup>81</sup>.

Otro interesante aspecto de análisis que ofrece el tema de la contaminación atmosférica en la RM es que, a pesar de la marcada tendencias de empeoramiento de la calidad del aire en la capital<sup>82</sup> y de la oportuna publicidad con que se ha hecho esa advertencia<sup>83</sup>.

Similar tendencia de empeoramiento de la calidad del aire es la que se observa en regiones<sup>84</sup>. Así, en varias ciudades del sur del país

---

<sup>81</sup> Véase FUNDACIÓN TERRAM, *Balance Ambiental - 2007*, Santiago, diciembre de 2007, p. 3.

<sup>82</sup> “Esmog golpea fuerte esta semana a Santiago”, en *El Mercurio*, Santiago, 13 de mayo de 2008; “Decretan primera preemergencia en el Gran Santiago”, en *El Mercurio*, Santiago, 30 de mayo de 2008; “Esmog: Santiago tuvo su peor día en los últimos 9 años”, en *La Nación*, Santiago, 2 de junio de 2008; “Preemergencia ambiental para hoy: Pudahuel con niveles críticos”, en *El Mercurio*, Santiago, 16 de junio de 2008; “Calidad del aire se mantiene en niveles malos en quinta preemergencia del año”, en *La Tercera*, Santiago, 25 de junio de 2008; “Fue decretada la séptima preemergencia ambiental del año en Santiago”, en *El Mercurio*, Santiago, 1 de julio de 2008; “Preemergencias ya igualan en número a todas las de 2007”, en *El Mercurio*, Santiago, 2 de julio de 2008; “Esmog mata 526 santiaguinos al año: en 2010 serán 720”, en *La Nación*, Santiago, 3 de julio de 2008.

<sup>83</sup> “Anuncian año negro por esmog”, en *La Nación*, Santiago, 26 de marzo de 2008; “Polución de calderas industriales empeoraría la contaminación”, en *El Mercurio*, Santiago, 3 de abril de 2008; “Transantiago contamina 30% más que hace un año”, en *La Nación*, Santiago, 4 de abril de 2008.

<sup>84</sup> “Seis ciudades requieren de urgentes medidas contra la contaminación”, en *El Mercurio*, Santiago, 9 de junio de 2008; “Cuatro capitales regionales presentan altos índices de esmog”, en *La Tercera*, Santiago, 9 de julio de 2008.

(Temuco, Padre Las Casas, Chillán, Valdivia, Osorno, Puerto Montt, entre otras) la principal causa de contaminación es el consumo generalizado de leña para calefacción, lo que, incluso, ha generado episodios de contaminación similares a los de Santiago<sup>85</sup>. Por su parte, en el caso del Gran Concepción “la principal fuente de contaminación lo constituye la industria con un 50%, seguida de calles y caminos sin pavimentar con un 23 a 24%”<sup>86</sup>. Otro tanto sucede con la ciudad de Tocopilla –ya declarada zona saturada de contaminación– que desde el año 2006 ha venido presentando niveles de material particulado respirable (PM10) por sobre la norma, a causa de la presencia de centrales termoeléctricas<sup>87</sup>.

### *B. Generación, disposición y tratamiento de residuos*

En relación con los niveles de contaminación atmosférica que se han registrado en la Región del Biobío, interesante resulta destacar a este respecto, en primer lugar, el inédito fallo judicial dictado en diciembre de 2007 en el que la Corte de Apelaciones de Santiago –conociendo de un recurso de protección– objetó el DS N° 41 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de marzo de 2006 que declaraba como “zona latente” de PM10 a diez comunas de la Región del Biobío, y ordenó su reemplazo –en vista de los altos niveles de contaminación registrados– por uno que decretara como “zona saturada”<sup>88</sup> a las comunas de Lota, Coronel, San Pedro de la Paz, Hualqui, Chiguayante, Concepción, Hualpén, Talcahuano, Penco y Tomé<sup>89</sup>. Sin embargo, en marzo de 2008 la Corte Suprema, conociendo de la apelación presentada por la CONAMA, estimó que los recurrentes habían actuado de forma extemporánea<sup>90</sup>, y no se pronunció acerca de si el

<sup>85</sup> Véase FUNDACIÓN TERRAM (n. 81), p. 4.

<sup>86</sup> *Op. cit.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> De acuerdo con el artículo 2 letras t) y u) de la ley N° 19.300 se entenderá por *zona latente* “aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental” y, por zona saturada, “aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”.

<sup>89</sup> “Ordenan declarar zona saturada a 10 comunas del Gran Concepción”, en *El Mercurio*, Santiago, 8 de diciembre de 2007.

<sup>90</sup> “No a más zonas saturadas en Concepción”, en *La Segunda*, Santiago, 6 de marzo de 2008.



referido DS vulneraba o no la igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Ha sido la propia autoridad regional la que, con ocasión de definir la restricción vehicular para este año en el marco de la ejecución del PPDA, ha inclinado la balanza –al parecer, por un problema de orden institucional– en contra del interés de la salud de las personas y en favor de los intereses del Ministerio de Transportes, que buscaba no sobrecargar el Transantiago con el aumento de las restricciones a los vehículos catalíticos. Lo llamativo de todo esto es que, a pesar de que la autoridad no resguardó en esa instancia –como razonablemente habría de esperar– los derechos a la salud y a la vida de los santiaguinos, el Intendente Metropolitano hizo pública su insatisfacción al respecto<sup>91</sup>.

En cuanto a la generación, disposición y tratamiento de residuos (en este caso tóxicos o peligrosos), el suceso que mayores cuestionamientos públicos concitó fue el que involucró a CELCO quien, evidenciando un cuestionable compromiso ambiental, vertió los desechos tóxicos de su planta Licancel en el río Mataquito (Región del Maule), destruyendo el ecosistema y afectando a las comunidades aledañas, en especial, las fuentes laborales de los pescadores del sector<sup>92</sup>. Otros sucesos –igualmente graves, aunque uno más difundido que el otro– tuvieron como protagonistas a la minera Pelambres y a ESVAL. En cuatro oportunidades distintas (agosto, octubre, noviembre y diciembre) la primera descargó en el río Cuncumén (Región de Coquimbo) más de 330.000 m<sup>3</sup> de aguas contaminadas, afectando a las comunidades ubicadas aguas abajo<sup>93</sup>. Mientras que la segunda, en tres oportunidades distintas (dos en febrero y una en marzo), derramó más de 300 m<sup>3</sup> de aguas servidas en varias playas de la comuna de Concón (Región de Valparaíso)<sup>94</sup>, amenazando seriamente la salud de quienes habitan y veranean en ella.

---

<sup>91</sup> “Intendente reconoce que el plan contra la contaminación ambiental es insuficiente”, en *El Mercurio*, Santiago, 27 de marzo de 2008.

<sup>92</sup> “Planta Licancel de Celulosa Arauco no podrá funcionar por 30 días”, en *Emol*, 9 de junio de 2007, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=258712>, visitado el 10 enero de 2008. También “Planta Licancel fue cerrada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios”, en *Radio Cooperativa*, 8 de junio de 2007, en [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20070608/pags/20070608184741.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20070608/pags/20070608184741.html), visitada el 10 de enero de 2008.

<sup>93</sup> “Minera Pelambres sufre nuevo derrame de aguas contaminadas a un río”, en *La Tercera*, Santiago, 13 de diciembre de 2007.

<sup>94</sup> “Nuevo derrame de aguas servidas en playas de Concón”, en *El Mercurio*, Santiago, 18 de marzo de 2008.

*C. Imparcialidad institucional,  
derecho a la participación y al acceso a la información*

Ahora bien, desde el punto de vista de los derechos a la participación y de acceso a la información resulta imposible no hacer mención a las preocupantes declaraciones emitidas por los ministros del Interior y de la Secretaría General de la Presidencia, quienes a propósito de la eventual instalación de cinco centrales hidroeléctricas en la Región de Aysén sostuvieron, respectivamente, que:

“(...) el desarrollo hidroeléctrico en Chile es un tema que debemos abordar, y debemos hacerlo con toda la decisión del Estado”<sup>95</sup>

y que:

“Chile tiene que hacer una clara opción por la energía hidroeléctrica y recuperar los niveles de mediados de los 90 cuando más del 50% de la energía tenía su origen en centrales hidroeléctricas. La hidroelectricidad es una exigencia para Chile (...). Y por eso la mirada se dirige al sur de nuestro territorio”<sup>96</sup>.

La gravedad de tales declaraciones radica en que fueron emitidas por Ministros de Estados –por lo tanto, en representación y a nombre del Estado de Chile– y en circunstancias en que todavía el proyecto ni siquiera ha sido ingresado al SEIA, lo que distorsiona aquel proceso de estudio y lo despoja, en definitiva, de toda garantía de imparcialidad. Igualmente, tales aseveraciones atentan contra postulados democráticos tan elementales como son el acceder a información de relevancia pública y el participar informadamente del debate público, puesto que de esas declaraciones podría desprenderse –sin mayor dificultad– que existen instancias “paralelas” o “alternativas” de toma de decisiones que funcionan a espaldas de la ciudadanía.

---

<sup>95</sup> “Gobierno entrega fuerte respaldo a proyecto hidroeléctrico de Endesa y Colbún en Aysén”, en *El Mercurio*, Santiago. 8 de febrero de 2008.

<sup>96</sup> “Energía: Algunas afirmaciones básicas”, en *El Mercurio*, Santiago, 19 de mayo de 2008.

# INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

---

## ABSTRACT

Conforme a las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos consagradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, corresponde a los Estados no sólo evitar ejecutar actos directos que violen derechos fundamentales. Deben, además, ser capaces de garantizar, de *facto*, el efectivo goce de los derechos humanos. Lo anterior significa organizar todo el aparato estatal de modo tal que las personas puedan ser protegidas efectivamente de amenazas y violaciones a sus derechos. En este orden de cosas, las sociedades democráticas consagran no sólo instituciones judiciales orientadas a la defensa de los derechos sino, también, instituciones administrativas que, a la luz de principios de autonomía, independencia y poder de representación judicial, buscan complementar las limitadas funciones judiciales en esta materia. Teniendo como marco lo anteriormente dicho, este capítulo presenta un estudio inédito en Chile sobre la existencia, características y límites de aquellas instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. El capítulo concluye que, sin perjuicio de su contribución a los derechos humanos, las instituciones existentes son insuficientes e inefectivas para otorgar protección a los derechos de las personas. Al mismo tiempo, se da cuenta de que los distintos proyectos de ley presentados por el Ejecutivo y discutidos en el Parlamento en los últimos diecisiete años –incluido el del Instituto Nacional de Derechos Humanos– no satisfacen los estándares de independencia, autonomía y representación judicial efectiva necesarios para su debida implementación en Chile.

**PALABRAS CLAVE:** instituciones nacionales de derechos humanos, ombudsperson, independencia, autonomía, legitimación activa, proyectos de ley, falta de voluntad política.

## I. ACERCA DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA SU CREACIÓN Y DESEMPEÑO

La literatura especializada da cuenta de la emergencia de las denominadas instituciones nacionales de derechos humanos, cuyos estándares básicos los establecen los denominados *Principios de París de 1991*, los cuales tienen como objetivo la creación de un organismo nacional específico diseñado para ser un guardián, asesor y educador en materia de derechos humanos<sup>1</sup>. Tales principios han sido leídos generalmente en el contexto del desarrollo e implementación de los denominados defensores(as) del pueblo u *ombudsperson*. De hecho, una publicación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos da cuenta que en Latinoamérica se ha optado por seguir el modelo del *ombudsperson* a la hora de configurar las instituciones nacionales de derechos humanos<sup>2</sup>.

En las líneas que siguen se desarrollará como, a pesar de su aludida incorporación al Consejo de Derechos Humanos, hasta hoy Chile no cuenta con una institución nacional de derechos humanos que cumpla con el fundamental estándar de la independencia establecido en los *Principios de París* y a la cual, haciendo eco de la evolución del *ombudsperson* en la región, se le atribuya la capacidad para interponer acciones ante los tribunales, cuestión que en términos jurídicos se denomina legitimación activa.

### 1. Evolución y clases de instituciones nacionales de derechos humanos

La evolución de las instituciones nacionales de derechos humanos releva que pueden adoptar diversas formas, siendo la primera de ellas la de *comisiones consultivas*. Esta clase de instituciones no tiene dentro de sus competencias recibir denuncias. Otras son las comisiones con competencia judicial, instituciones que sí pueden recibir y tramitar denuncias individuales sobre violaciones a los derechos humanos. En algunos casos, estas comisiones cuentan, además, con competencias de *ombudsperson*, caso en el cual se transforman en comisiones

---

<sup>1</sup> Véase Anna- Elina POHJOLAINEN, "The evolution of National Human Rights Institutions: The role of the United Nations", in *The Danish Institute for Human Rights*, p 124, en [http://www.nhri.net/pdf/Evolution\\_of\\_NHRIs.pdf](http://www.nhri.net/pdf/Evolution_of_NHRIs.pdf), visitada el 17 de junio de 2008.

<sup>2</sup> Véase "Evaluar la eficacia de las instituciones nacionales de derechos humanos". Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, p. 6, en [www.ochr.org](http://www.ochr.org)

con competencia judicial y de ombudsperson. Existen también *centros nacionales de derechos humanos*, cuya estructura se asemeja a las de las comisiones consultivas. Su trabajo es más de investigación, sus miembros no representa un papel demasiado activo en el trabajo de las instituciones, desde el momento que se dedican básicamente a dar orientaciones de política pública a quienes tienen a su cargo la toma de decisiones. Además, están los *ombudsperson*, quienes cuentan con un fuerte y amplio mandato de protección de derechos humanos. Esta descripción no es exhaustiva, como señala una publicación sobre este tema “hay tantas tipologías de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos como hay trabajos escritos sobre ella”<sup>3</sup>.

## *2. Las obligaciones del Estado de Chile en materia de institucionalidad de derechos humanos*

Conforme a la Constitución Política de la República de Chile, el Estado se encuentra obligado a respetar y promover no sólo los derechos establecidos en la propia Constitución sino, también, de aquéllos estatuidos en los compromisos internacionales que ha asumido en la materia<sup>4</sup>. Entre estos compromisos se pueden mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase, “Evaluar la eficacia...” (n. 2), p. 6.

<sup>4</sup> Véase artículo 5 inciso 2 de la *Constitución Política de la República*, 11<sup>a</sup> ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

<sup>5</sup> Véase párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, [estableciendo el compromiso de los Estados de adoptar medidas que se traduzcan en disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para la efectividad de los derechos del pacto], en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm). Visitada el 23 de junio de 2008.

<sup>6</sup> Véase artículo 2 párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, [estableciendo la obligación de los Estados de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y por todos los medios apropiados, incluyendo la legislación, para la plena efectividad de los derechos reconocidos en el pacto], en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ceschr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm). Visitada el 23 de junio de 2008.

<sup>7</sup> Véase artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos [estableciendo respectivamente el deber de respeto y protección de los derechos establecidos en la convención, garantizando a las personas su libre y pleno ejercicio y el compromiso a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivo el cumplimiento de estos derechos], en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>. Visitada el 23 de junio de 2008. De la primera de estas disposiciones fluye la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos, la cual “exige al Estado emprender

El Comité DESC se ha pronunciado en específico sobre el papel de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la implementación de este Pacto en su Observación general N° 10. Ahí señala que uno de los medios a través de los cuales el mandato prescrito por el párrafo 1 del artículo 2 puede ser cumplido es a través del trabajo de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Además en ella se detalla una serie de actividades que en este ámbito las Instituciones Nacionales debiesen emprender. Entre otras, la lista incluye la de examinar reclamos sobre presuntas infracciones, realizar seguimiento a su cumplimiento elaborando informes para la administración y la sociedad civil y, por último, examinar denuncias sobre presuntas infracciones a este pacto.<sup>8</sup> Adicionalmente, otros tratados internacionales específicos contemplan la existencia de instituciones autónomas en el ámbito nivel nacional, destinadas a prevenir afectaciones a los derechos que buscan resguardar. Éste es el caso del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre del 2002<sup>9</sup>.

---

las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos". Véase Cecilia MEDINA y Claudio NASH. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007, p. 19. La segunda obligación, en tanto, refuerza la obligación establecida en la primera y para los efectos de este capítulo, impone a Chile como obligación para asegurar la efectiva vigencia de estos derechos, la adopción de medidas legislativas, una de las cuales es la creación de un ombudsperson.

<sup>8</sup> COMITÉ DESC, *Observación general N° 10: La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, en [http://www.escrenet.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428706&parent\\_id=425976](http://www.escrenet.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428706&parent_id=425976). Visitada el 27 de mayo de 2007.

<sup>9</sup> Al respecto, se puede señalar que no obstante haberse adoptado un proyecto de acuerdo en el sentido de manifestarle al Ejecutivo la necesidad de que el proyecto de ley del Instituto de Derechos Humanos, en tanto institución en principio autónoma, contemple la atribución que permita hacer efectiva la existencia de una institución autónoma que vigile los centros de detención, este proyecto de ley en su última versión aún no contempla de manera expresa y precisa la atribución de esta facultad. Véase, Acta de la sesión 33<sup>a</sup>, del período legislativo 2006 2010, celebrada en comité por la comisión de relaciones exteriores, asuntos interparlamentarios e integración latinoamericana, en martes 21 de noviembre de 2006 de 15.30 a 17.35 horas, en <http://www.camara.cl/comis/doc.aspx?prmSES=7867>. Visitada el 2 de junio de 2008.

### 3. *Los Principios de París*

Sin perjuicio de lo anterior, uno de los principales documentos internacionales que permiten formarse una noción en torno a las más importantes características de las instituciones nacionales de derechos humanos son los denominados *Principios de París*, elaborados por distintas instituciones nacionales de derechos humanos que se reunieron en París en 1991 y posteriormente adoptados en 1993, por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>10</sup>.

Un primer aspecto tratado es el de la *amplitud del mandato* de estas instituciones. Al respecto, establecen que la institución tendrá competencias en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos y contará, para estos efectos, con el más amplio posible mandato, establecido en un texto constitucional o legal<sup>11</sup>. Otra exigencia que contemplan es que las instituciones sean *independientes*, para lo cual se establecen una serie de garantías, como que cuente con infraestructura adecuada, además de contar con créditos suficientes para ser destinados a dotación de personal y bienes propios, y no estar sujeta a ninguna clase de control financiero del Estado que pueda limitar su independencia<sup>12</sup>.

De lo anterior, se sigue que no basta con que al establecer una institución de esta naturaleza se señale expresamente que tendrá un carácter autónomo. Será necesario, además, que cuente con los recursos humanos, materiales e infraestructura para que en los hechos sea posible esa autonomía. En el mismo sentido de preservar su independencia, se establecen exigencias relativas a la estabilidad de sus miembros, como que el nombramiento se haga a través de un acto oficial, en el que se señale el plazo de duración de su mandato<sup>13</sup>.

### 4. *La cuestión de la legitimación activa de las instituciones nacionales de derechos humanos*

Si bien la exigencia de dotar a la institución nacional de derechos humanos de legitimación activa no aparece expresamente en los

---

<sup>10</sup> *Principios de París*: Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Sparisprinciples.pdf>. Visitada el 23 de junio de 2008

<sup>11</sup> *Op. cit.*, letra A, números 1 y 2.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, letra B, número 2.

<sup>13</sup> Véase *op. cit.*, letra B, número 3.

*Principios de París*, en nuestro país y en la región, dada la situación de falta de recursos procesales y los estrechos criterios que se manejan para la comparecencia en juicio, parece ésta una atribución fundamental si la idea es diseñar una institución que pueda cumplir de manera efectiva las funciones de guardia, asesoría y educación. Además, la literatura especializada ha reconocido que sólo establecen *criterios mínimos* para el establecimiento de estas instituciones<sup>14</sup>, por lo que no garantizan que el funcionamiento de éstas sea eficaz<sup>15</sup>. Por lo mismo, del hecho que en los *Principios de París* no se contemple de manera expresa que la institución cuente con legitimación activa o atribuciones para presentar acciones judiciales, no se sigue que no deban contar con esta facultad. De hecho, la misma práctica de las Naciones Unidas parece confirmar que ésta es una atribución fundamental, desde el momento que una parte de los fondos que por la vía de la asistencia técnica la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas otorga, van dirigidos para que las instituciones nacionales de derechos humanos contemplen este tipo de atribuciones<sup>16</sup>.

Más relevante que esto es el hecho de que la literatura da cuenta de la importancia que las instituciones nacionales de derechos humanos se adapten a las condiciones locales<sup>17</sup>. Una de estas condiciones es *la disímil manera en que los intereses pueden ser representados judicialmente*. En lo que respecta a nuestra tradición procesal civil, se basa en la noción de derecho subjetivo. La posibilidad de accionar en juicio y consecuentemente de gatillar un pronunciamiento judicial quede supeditada a que quien solicita la acción de la justicia pueda mostrar la afectación concreta e individualizada a un interés de naturaleza patrimonial. Consecuencia de lo anterior es que, en sede judicial, cualquier otro tipo de interés que sea invocado por la parte no será considerada como suficiente para cumplir con el requisito de la legitimidad activa, con lo que las acciones y demandas que puedan presentar individuos o grupos, esgrimiendo esta otra clase de intereses son desechadas por la justicia sin que sea necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Así, un grupo vulnerable como los pueblos indígenas, por ejemplo, que defiende un interés de naturaleza colectivo, no encuentra en este paradigma la capacidad para

---

<sup>14</sup> POHJOLAINEN (n. 1), p. 122.

<sup>15</sup> "Evaluar la eficacia..." (n. 2), p. 21.

<sup>16</sup> POHJOLAINEN (n. 1), p. 69.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 75.



poder representar en juicio su interés en tanto colectivo, todo lo cual, acarrea graves vulneraciones a sus derechos<sup>18</sup>.

Es en este punto, donde resulta ilustrador hacer una breve referencia a la evolución en el Derecho Comparado y especialmente en América Latina, de la institución de los ombudsperson o defensores del pueblo. Al respecto, puede señalarse que dos son los modelos que, a grandes rasgos, sobre esta institución pueden observarse<sup>19</sup>. El primero es el del *Defensor Comisionado Parlamentario*, que complementa las labores de fiscalización sobre la administración del Congreso. El segundo, el *Defensor Burócrata*, un organismo inserto dentro de la administración que la vigila y defiende los derechos de los administrados.

De particular interés para nuestro análisis es el Defensor Comisionado Parlamentario, modelo que, siguiendo a la institución española, se puede observar en América Latina en general<sup>20</sup>, salvo en Chile y Uruguay<sup>21</sup>. Además de fiscalizar la labor de la administración, lo que este organismo realmente efectúa es un control de humanidad, en el sentido de verificar que los actos de la administración del Estado

---

<sup>18</sup> Este problema suele presentarse toda vez que se presentan como comunes denominadores dos ingredientes: megaproyectos industriales y pueblos indígenas. Fue la puesta en funcionamiento de la central hidroeléctrica Ralco y sus efectos las que mostraron por primera vez una nefasta manera de proceder, donde la industria, negando el carácter colectivo de las pretensiones y derechos invocados por los pueblos indígenas, optó por negociar con algunos individuos de ésta, dividiendo a la comunidad y transformando esta situación en un acuerdo entre privados. Véase [www.elmostrador.cl](http://www.elmostrador.cl), 2 de octubre de 2003. “Ralco: un antes y un después”. Columna de Domingo Namuncura. Esta manera de proceder se repitió en el año 2005 a propósito de la instalación del proyecto minero Pascua Lama en terrenos pertenecientes a la comunidad indígena de los huascoalinos, Véase “Denuncian presiones a regantes y pequeños agricultores de pinte en el valle del huasco”, en <http://www.olca.cl/oca/chile/region03/pascualama101.htm>, visitada el 7 de julio de 2008. Una vez más, el año pasado a propósito de la construcción por parte de Celulosa Arauco de un ducto para verter sus residuos al mar en la bahía de Mehuín esta situación se ha repetido. Véase “La jugada maestra de Celco en la “guerra civil” de Mehuín”, en [http://www.terram.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2139](http://www.terram.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=2139), visitada el 9 de junio de 2008.

<sup>19</sup> Véase Exposición del profesor Francisco Zúñiga ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en *Informe de la comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía recaído en el proyecto de reforma constitucional que crea la defensoría de las personas*. Boletín 2605-07, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Véase Boletín N° 332-07 de la Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

no vulneren derechos humanos<sup>22</sup>. Para estos propósitos, se le otorga a los defensores *legitimación activa* para interponer acciones judiciales en contra de la administración. Decisorio para estos propósitos es el hecho de que la mayoría de las instituciones de derechos humanos en nuestra región posee la facultad de presentar acciones judiciales<sup>23</sup>. En el mismo sentido, resulta ilustrativo que la mayoría de los proyectos presentados por el Ejecutivo en la materia atribuyen a la institución que propenden crear la facultad de presentar acciones judiciales<sup>24</sup>.

## II. INSTITUCIONES CHILENAS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existen tres reparticiones públicas en el país que cumplen funciones de promoción y protección de los derechos humanos: el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ y la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas. Como se verá, sin perjuicio del importante papel que tales instituciones representan en materia de derechos humanos, no satisfacen adecuadamente los estándares establecidos en los *Principios de París* y demás obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### 1. El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior

Al cierre de la Comisión Rettig (Verdad y Reconciliación), quedaban aun varias alegaciones de violaciones a los derechos humanos pendientes de ser calificadas<sup>25</sup>. Fue por esta razón que la ley N° 19.123, plasmando una de las recomendaciones de esta Comisión, estable-

---

<sup>22</sup> *Boletín* N° 332-07... (n. 21).

<sup>23</sup> Para un listado de éstas véase Foro de las instituciones nacionales de derechos humanos, en el cual salvo las de 3 países, todas las demás están configuradas como ombuds-person, en <http://www.demotemp360.nic.in/NationalDataList.asp?MODE=1&ID=27>. Visitada el 23 de junio de 2008

<sup>24</sup> Véase *Boletín* N° 2.605-07 (Proyecto de ley del Defensor Ciudadano presentado por el Presidente Lagos) y oficio N° 438-555 de la Presidencia al presidente de la Cámara de Diputados (indicaciones presentadas por la presidenta Bachelet al proyecto de ley que crea el Defensor del Ciudadano), en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>25</sup> Entrevista con Rose Marie Bornand, jefa del área jurídica, Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, concedida a uno de los autores el 2 de mayo de 2008.

ció la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objetivo de examinar y calificar casos de ejecuciones forzadas y de desapariciones de personas, estableciendo, además, medidas de reparación económicas y simbólicas. El artículo 6º de esta misma ley, reconoció como un derecho inalienable de las víctimas y de la sociedad chilena la ubicación de las personas detenidas desaparecidas como, asimismo, la de los cuerpos de los ejecutados y la (aclaración) de las circunstancias de esa desaparición o muerte<sup>26</sup>. En 1997, habiendo expirado el plazo de vigencia legal de dicha Corporación y dada la situación que aún existían situaciones que todavía no habían sido aclaradas en materia de detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y de determinación de las circunstancias de la muerte o desaparición, el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle dicta el DS N° 1005 de 1997 del Ministerio del Interior. Este decreto crea el “Programa continuación Ley 19.123” como una división dependiente de este Ministerio y específicamente de la Subsecretaría del Interior<sup>27</sup>. Para realizar estas labores de promoción y protección de los derechos humanos, cuenta con un presupuesto que le es asignado como un ítem más, dentro de aquéllos que se contemplan para esa Subsecretaría.

*a) Áreas de intervención del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior*

Tres son las áreas de intervención del Programa: la jurídica, la de estudios, proyectos y documentación y la social<sup>28</sup>. El área jurídica, que

<sup>26</sup> Véase artículo 6 ley N° 19.123, en [www.bcn.cl/leyes/30490](http://www.bcn.cl/leyes/30490)

<sup>27</sup> En la actual versión del proyecto de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos que ha sido aprobado por la comisión mixta, el artículo 10 transitorio otorga al Programa un estatus legal. Y lo autoriza a continuar prestando asistencia legal tratándose de causas del pasado. Véase Informe de la comisión mixta, recaído en el proyecto de ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en <http://sil.senado.cl/docsil/info11556.doc>. Visitada 11 de julio de 2008.

<sup>28</sup> El área de estudios, proyectos y documentación del Programa tiene por objetivo impulsar y difundir acciones de orden cultural y simbólico para dignificar la memoria de las víctimas de violencia política por parte de agentes del Estado y promover por esta vía el respeto de los derechos humanos en la sociedad. Una de las maneras en que esto se realiza es a través de la construcción de memoriales. En tanto, el área social presta asistencia de esta índole a los familiares de las víctimas, realizando seguimiento para los efectos que las medidas de reparación, dependientes de otras instituciones estatales como el INP, de quien depende la entrega de pensiones o el Ministerio de Salud, que está a cargo del PRAIS cumplan con su cometido y que de esta manera las reparaciones lleguen a sus destinatarios.

es la más grande en cuanto a personal y recursos que se destinan a ella, contando con quince abogados<sup>29</sup>, tiene por objetivo cumplir con el deber del Estado de satisfacer el derecho inalienable establecido en el artículo 6º de la ley N° 19.123. Para estos propósitos, se hace parte en todos aquellos casos de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, salvo, como se verá, en aquéllos relacionados con los denominados “muertos con entrega”, que son todos aquellos ejecutados cuyos restos fueron entregados a sus familiares. Es relevante notar que no es el Programa quien interpone las respectivas querellas, sino que son abogados particulares o de instituciones como la CODEPU o la FASIC los que lo hacen. Bajo dicho esquema, presta asistencia legal, haciéndose parte en esos procedimientos a través de la figura civil del tercero coadyuvante<sup>30</sup>.

*b) Limitaciones del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior*

Siendo un organismo dependiente de la Subsecretaría del Interior, *no goza de independencia alguna*, desde el momento en que el cargo que se sitúa en la cúspide de esta organización, la Secretaría Ejecutiva, es uno cuyo nombramiento y remoción dependen de la exclusiva confianza del o la Presidenta. De esta manera, si la Secretaría Ejecutiva para cumplir con su finalidad, de hacer efectivo el derecho inalienable establecido en el artículo 6º de la ley N° 19.123, realizara alguna acción que no se alineara dentro de la política de derechos humanos presidencial, podría ser removida sin más trámite por el o la Presidenta. En virtud de lo anterior, si bien se encuentra facultado para dar asistencia legal en un ámbito específico de derechos humanos, este organismo no goza de ningún tipo de independencia en relación con el Ejecutivo.

Otra de las limitaciones es la que se refiere a *la manera en que presta asesoría legal*. No es él quien interpone las querellas, como hemos señalado, sólo se hace parte una vez que éstas han sido presentadas por abogados particulares o por los de organizaciones dedicadas a la

---

<sup>29</sup> Entrevista con Rose María Bornand... (n. 25).

<sup>30</sup> Al 31 de diciembre de 2007 el Programa es parte en causas a lo largo del país que se relacionan con ejecuciones y detenidos desaparecidos. Además de lo específicamente referido al litigio, el programa, en aquellos procesos en los que no interviene presta apoyo de carácter material al tribunal ante el cual se están ventilando estas causas, entregando los recursos para el traslado, alimentación y estadía de los testigos citados por los tribunales.

defensa de los derechos humanos. La causa de ello es que ninguna ley lo autoriza a presentar querellas. Para hacer frente a este obstáculo, se incorpora al ámbito penal una figura que es propia del proceso civil: la del tercero coadyuvante.

Una limitación adicional es la relacionada con aquellas causas vinculadas con *hechos del pasado en las que no es parte del proceso judicial*: las denominadas “muertos con entrega” o de ejecutados cuyos restos fueron entregados a sus familiares, y no se hace parte por una interpretación del lenguaje que utiliza el artículo 6º de la ley N° 19.123. La citada disposición habla de “ubicación de personas detenidas desaparecidas”, “de los cuerpos de las personas ejecutadas” y de “las circunstancias de dicha desaparición” y no habla, en cambio, de “circunstancias de la muerte”. Así, los familiares de ejecutados políticos cuyos restos les fueron entregados quedan privados de la asesoría legal que como tercero coadyuvante podría prestarles en el proceso. Es pertinente notar que esta interpretación presta una notoria utilidad política para el gobierno de turno, puesto que le permite reducir su nivel de intervención en los siempre conflictivos temas del pasado.

## 2. La Oficina de Derechos Humanos de la CAJ

Esta oficina surge de un modo bastante particular<sup>31</sup>. En el año 1993, al cerrar la Vicaría de la Solidaridad, remite sus causas a la FASIC, tratándose de aquéllas relacionadas con ejecutados y detenidos desaparecidos y a la CODEPU, en las referidas a presos políticos. Sin embargo, al realizar el catastro, resultó evidente el estado pendiente de muchas causas de violaciones a los derechos humanos en Chile. Como no era posible cerrar la Vicaría sin precaver el destino de estos procesos, el Ministerio del Interior y el Arzobispado de Santiago firman un convenio para formar una institución autónoma no dependiente de la CAJ, con un inmueble prestado en comodato por al arzobispado y los fondos para pagarle a un asistente social, un auxiliar administrativo, una secretaria y tres abogados.

Un año después, el Ministerio de Justicia, preocupado por no poder justificar estos pagos para una institución externa a él, no encuentra otra solución que insertarlo en la CAJ. De ahí en más, las remuneraciones de su personal fueron pagados por la CAJ. De esta manera, la Oficina, es una más de varias que prestan asistencia judicial en la

---

<sup>31</sup> Este relato histórico fue provisto por el abogado jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ, Sr. Nelson Caucoto, en entrevista realizada el día 2 de mayo del 2008.

RM (aunque la única que lo hace en materia de derechos humanos), con lo que para efectos administrativos se rige por lo que determine la CAJ de esta Región<sup>32</sup>.

*a) Áreas de intervención de la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ*

Como antes se ha señalado, el trabajo de la Oficina se originó por la necesidad de contar con algún organismo que se hiciera cargo de los casos de la Vicaría a los que se le había dedicado muy poco trabajo judicial en razón de la dificultad que entrañaban. Éstos, tenían relación con los de gente herida por balas perdidas durante protestas o de personas que habían sido encontradas flotando sobre el río Mapocho<sup>33</sup>. En 1995, quienes concurrían a la Vicaría de la Solidaridad comenzaron a ser derivados Oficina de Derechos Humanos<sup>34</sup>. En el mismo año, se ven en la necesidad de asumir el patrocinio respecto de causas originadas en hechos acaecidos con posterioridad a la vuelta de la democracia, como abusos por parte de las fuerzas policiales. Con este giro, la Oficina de Derechos Humanos comienza a abrirse también al mundo militar, tomando causas de personas maltratadas en su interior y bajas irregulares dentro dichas instituciones. En la actualidad, este tipo de causas han ocupado una parte relevante de los esfuerzos de esta Oficina<sup>35</sup>.

*b) Limitaciones de la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ*

Contrario a lo que se podría pensar, las limitaciones en la labor de protección de los derechos humanos que esta Oficina realiza no vie-

---

<sup>32</sup> A la CAJ la dirige, a su vez, un consejo directivo presidido por el secretario regional ministerial de la cartera de Justicia. Véase, artículo 6 del DFL 995 del Ministerio de Justicia, que aprueba los estatutos por los cuales se regirá la CAJ RM.

<sup>33</sup> Entrevista personal con Nelson Caucoto... (n. 31)

<sup>34</sup> *Ibid*

<sup>35</sup> El trabajo de esta repartición recae, además, en algunos temas de interés público como el de las cancelaciones de matrículas por causa de embarazo o el de pobladores cuyas casas no son expropiadas, no obstante que éstas se encuentren a un metro de las autopistas de alta velocidad. Otra de las áreas en que esta oficina se involucra es en la presentación de recursos de amparos en casos de allanamientos, detenciones en protestas y detenciones de migrantes. Por último, la Oficina sigue dedicando parte importante de su trabajo a temas del pasado, tramitando solicitudes de declaración de muerte presunta y asistiendo a exonerados en la elaboración de información de perpetua memoria para que les sea reconocida la calidad de exonerados políticos, de manera tal de poder acceder a los beneficios que esa calidad conlleva. *Ibid*

nen dadas por su falta de reconocimiento como organismo autónomo, sino, más bien, de la naturaleza inherente a las funciones que esta oficina debe cumplir. Ésta no es otra que la de dar asistencia judicial a personas de escasos recursos, tarea que es llevada a cabo por egresados de Derecho que se encuentran postulando a obtener el título de abogados (postulantes)<sup>36</sup> con la asesoría de tres abogados.

Si bien es cierto la Oficina puede presentar –y habitualmente lo hace– acciones ante los tribunales de justicia, esto obedece mucho más al voluntarismo de los abogados a cargo de dicha repartición, que a una expresa atribución de competencias en el ámbito de los derechos humanos. En otras palabras, a pesar de ser una oficina de derechos humanos, *sus funciones las realiza dentro del ámbito y con todas las limitaciones de infraestructura, personal y presupuesto, propias de la asistencia judicial gratuita a las personas de escasos recursos*.<sup>37</sup> Ilustrativo de esta situación es el hecho de que esta repartición tramita actualmente unas dos mil<sup>38</sup>. A pesar de esta cifra de casos, sus recursos están constituidos por tres abogados, dieciséis postulantes y una secretaria<sup>39</sup>. Todos desempeñan su labor en una pequeña oficina en la que hay cuatro computadoras y una impresora<sup>40</sup>. Lo anterior, a su vez, se ejecuta con un presupuesto que sólo considera las remuneraciones de los abogados y de la secretaria, además de un pequeño ítem para gastos<sup>41</sup>.

Otra limitación viene dada de su *ubicación geográfica*. Sin perjuicio de que la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ busca maneras de dar algún tipo de asesoría a personas en regiones, la función de protección de derechos humanos que la Oficina cumple queda circunscrita a la RM.

En suma, se trata de una institución que cuenta con la capacidad procesal para interponer acciones judiciales y que hasta el momento

---

<sup>36</sup> Véase artículo 3 del DFL N° 995 del Ministerio de Justicia, que aprueba los estatutos por los cuales se regirá la CAJ RM:

“La citada Corporación, que no perseguirá fines de lucro, tendrá por objeto:

- a) Proporcionar asistencia judicial y/o jurídica gratuita a personas de escasos recursos, y
- b) Proporcionar a los egresados de derecho postulantes a obtener el título de Abogado, la práctica necesaria para obtenerlo en conformidad a la ley”.

<sup>37</sup> Véase referencia a las condiciones de trabajo de la CAJ en el capítulo sobre acceso a la justicia.

<sup>38</sup> Entrevista personal... (n. 31).

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Información recabada por uno de los autores de este informe al realizar la entrevista, véase (n. 31).

<sup>41</sup> Entrevista personal.. (n. 31).

parece no haber tenido problemas de autonomía, en el limitado sentido de que no pueda tomar por sí misma la decisión de si acaso intervenir o no en un caso determinado<sup>42</sup>. Con todo, sus limitaciones vienen dadas por estar inserta en una institución cuya finalidad es dar asistencia judicial en la RM, todo lo cual impacta en la infraestructura, recursos humanos y presupuesto con que realiza su labor. Elementos todos que junto a la autonomía, en la ascepción antes señalada, configuran el estándar de la independencia en los *Principios de París*<sup>43</sup>.

### *3. La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas*

Esta Comisión fue creada por el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, a través del DS N° 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, específicamente en el año 2001. La idea de esta iniciativa era constituir una experiencia piloto cuya vigencia expiraría en el momento que fuese aprobado el proyecto de ley del Defensor Ciudadano que el presidente Ricardo Lagos enviara al Congreso en el año 2000. A dicha Comisión se le asignó el objetivo defender y promover los intereses y derechos de la ciudadanía ante actos u omisiones de organismos de la administración del Estado y en lo referido a la satisfacción de las necesidades públicas<sup>44</sup>.

Está integrada por nueve personas<sup>45</sup> y se encuentra inserta dentro del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. De esta inserción institucional se siguen como consecuencias que su presump-

<sup>42</sup> Entrevista personal.. (n. 31).

<sup>43</sup> Véase *Principios...* (n. 10), letra B punto 2.

<sup>44</sup> Véase artículo 1 del DS N° 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 2001: “Créase la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, como órgano Asesor del Presidente de la República, que prestará su asesoría para velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas”, en [www.minsepres.cl](http://www.minsepres.cl)

<sup>45</sup> Véase artículo 4... (n. 10): “La Comisión estará integrada por: 1) Un Presidente, que será nombrado por el Presidente de la República; 2) Cuatro consejeros, también designados por el Presidente de la República, en representación de las organizaciones sindicales, del Capítulo Chileno del Ombudsman, de las organizaciones de consumidores y del sector empresarial, respectivamente; 3) El Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor; 4) El Director de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno; 5) El Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones y; 6) El Secretario Ejecutivo del Comité Interministerial para la Reforma del Estado”, en artículo 1 del DS N° 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 2001. del DS N° 65... (n. 44).



to sea uno más de los ítems dentro del que año a año se le otorga a este Ministerio. Al mismo tiempo, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia debe proporcionarle “apoyo administrativo y de servicios, así como el personal que requiera para el desarrollo de sus funciones”<sup>46</sup>.

*a) Principales funciones de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas*

Como ya se ha señalado, su principal función es prestar *asesoría para la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas*. En la práctica esta función se cumple recibiendo quejas o reclamos por parte de los ciudadanos<sup>47</sup>. Para que estas quejas puedan ser presentadas a la Comisión, las mismas deben haber sido planteadas previamente ante el servicio contra quien se está interponiendo el reclamo y cumplir con los requisitos de admisibilidad que establece su reglamento, los que, en general, se relacionan con que la presentación no se refiera a organismos autónomos a la administración del Estado (como el Banco Central, el Poder Judicial, las municipalidades), con cuestiones formales<sup>48</sup> y con que no haya transcurrido más de un año de los hechos que se denuncian.

Cumpliendo estos requisitos, son, por regla general, revisados en la próxima sesión de la Comisión<sup>49</sup>. Oyendo la presentación que al respecto formule su presidenta, ésta decide si acoger o desestimar su trámite<sup>50</sup>. De ser aceptado, en caso de ser necesario, se le solicitan antecedentes adicionales al responsable del servicio especialmente los relativos a las razones y fundamentos que se ha tenido en considera-

---

<sup>46</sup> Véase artículo 7... (n. 44).

<sup>47</sup> Para una referencia acerca de estas quejas, los organismos contra quien se han interpuesto, los motivos de su interposición y de cómo han sido calificadas las respuestas de los organismos, véanse los informes trimestrales de la Comisión en [http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl/pub/publicaciones.php?tipo\\_publicacion\\_id=1](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl/pub/publicaciones.php?tipo_publicacion_id=1). Visitada el 21 de junio de 2008.

<sup>48</sup> Véase artículo 10 del reglamento interno de la Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, en [www.comisiondefensoriaciudadana.cl](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl)

<sup>49</sup> Véase artículo 5 del reglamento interno de la Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, [estableciendo que ésta efectúa sus reuniones ordinarias quincenalmente], en [www.comisiondefensoriaciudadana.cl](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl)

<sup>50</sup> Véase artículo 11 del reglamento interno de la Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, en [www.comisiondefensoriaciudadana.cl](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl)

ción para no atender la petición del administrado<sup>51</sup>. Recibidos estos antecedentes, se pronuncia en relación con si la respuesta del servicio ha sido satisfactoria o no. En caso de no serlo, sólo puede sugerirle al organismo un criterio o enfoque distinto para encarar el problema, pero no puede modificar o dejar sin efecto la decisión de éste. Debe informar, sin embargo, al Presidente de la República de la situación, dándole a conocer su parecer y sugiriéndole medidas preventivas o correctivas para adoptar a futuro en la materia<sup>52</sup>.

Además de la tramitación al interior de la administración de estos reclamos, cumple una serie de funciones que tienen por objetivo *asesorar a la presidencia en el diagnóstico de la satisfacción de las necesidades públicas de las personas*, entre las cuales está elaborar informes sobre el estado y calidad de las prestaciones realizadas por la administración a los ciudadanos, realizar sugerencias para que la Presidenta ordene la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo y proponer un plan anual de satisfacción de las necesidades públicas<sup>53</sup>.

*b) Limitaciones de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los derechos de las personas.*

En primer lugar, por ser de naturaleza asesora, *no puede determinar la aplicación de ningún tipo de sanción* a los organismos de la administración cuyas respuestas sean consideradas como insatisfactorias. Además, en razón de que se encuentra inserta al interior de la misma administración, carece de facultades de interponer acciones judiciales en contra de ella.

En segundo lugar, siguiendo la tendencia del proyecto de ley del Defensor Ciudadano, presentado durante la misma administración del ex presidente Lagos<sup>54</sup>, *sólo puede actuar en tanto el organismo acusado pertenezca y se rija por el estatuto generalmente aplicable a la administración del Estado*. De esta forma, carece de potestades frente a organismos autónomos como el Banco Central, las municipalidades, la Contraloría General de la República y el Poder Judicial, los que no obstante

---

<sup>51</sup> Véase artículo 12 del reglamento interno de la Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, en [www.comisiondefensoriaciudadana.cl](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl)

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Véase artículo 2 del reglamento interno de la Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, en [www.comisiondefensoriaciudadana.cl](http://www.comisiondefensoriaciudadana.cl)

<sup>54</sup> *Boletín* N° 2605-07... (n. 24).

integrar la administración del Estado se rigen por un estatuto especial<sup>55</sup>.

En tercer lugar, *tampoco puede actuar si es que la vulneración de derechos se produce en una empresa privada que presta servicios de utilidad pública* como, por ejemplo, las concesionarias eléctricas y sanitarias, lo que limita bastante el espectro de protección de los derechos de las personas y que mejor prueba de ello que los propios informes trimestrales que elabora, el último de los cuales sitúa a las municipalidades con un 8,1 % como el segundo organismo contra quien se efectúan más reclamos<sup>56</sup>.

### III. DE LA FALTA DE UNA INSTITUCIÓN NACIONAL PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

El hecho de que hasta hoy Chile no cuente con una institución nacional de promoción y protección de los derechos humanos no se debe a que el asunto nunca haya sido discutido. De hecho, se pueden identificar cuatro proyectos (tres sobre ombudsperson<sup>57</sup> y uno sobre

---

<sup>55</sup> Véase artículo 1 en relación con el 18 de la ley orgánica constitucional N° 18575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/191865.pdf>. Visitada el 23 de junio de 2008.

Mientras la primera de estas normas se encuentra inserta en el título 1, denominado normas generales, la segunda lo está en el título segundo, que se refiere a la organización y funcionamiento de la administración del Estado. Estos organismos sólo forman parte de la administración, para efectos de su sujeción a los principios que de manera general la rigen, ya que, en lo relativo a su organización y funcionamiento, siendo organismos autónomos se rigen por sus normativas específicas. Es precisamente por esto último que a la Comisión y a los Defensores, en los proyectos de ley no se le asignan atribuciones sobre estos organismos.

<sup>56</sup> Véase “Informe Trimestral. 1° Informe 2008/ Enero-Marzo”. Gobierno de Chile. Comisión asesora presidencial para la protección de los derechos de las personas, p. 9, en [http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/pub/ficha\\_publicacion.php?publicacion\\_id=126](http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/pub/ficha_publicacion.php?publicacion_id=126). Visitada el 21 de junio de 2008. El mismo informe da cuenta de que contra empresas privadas se dirigen un 4,8% de las presentaciones, mientras que en contra de los tribunales de justicia, un 4,4%. Dato relevante, desde el momento que ambos quedan fuera de la esfera de atribuciones de la Comisión.

<sup>57</sup> El primero de ellos presentado por el ex presidente Patricio Aylwin en 1991, *Boletín* N° 332-07 (n. 21). El segundo, que por razones que se explicitarán no es un ombudsperson, por el ex presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en 1998, *Boletín* N° 2115-03 y el tercero por el ex presidente Ricardo Lagos en el año 200, *Boletín* N° 2.605-07, proyecto de ley que con mínimas modificaciones fue reintroducido, aunque esta vez ante la Cámara de Dipu-

Instituto Nacional de Derechos Humanos<sup>58</sup>) en que la cuestión se ha planteado para su discusión en el Parlamento. Sin embargo, al 15 de julio de 2008, ninguno de ellos ha fructificado. Es más, en sólo tres el Congreso se ha pronunciado de acuerdo con la idea de legislar (aunque uno de ellos, el del Defensor del Usuario fue posteriormente retirado por el Ejecutivo). La evolución legislativa de estos proyectos de ley parece indicar una clara falta de voluntad política real, orientada a la creación de una institución que cumpla con los estándares y parámetros ya reseñados.

*El primero, sobre ombudsperson fue presentado por el ex presidente Patricio Aylwin en 1991, en un paquete junto con una serie de otros que apuntaban a la modernización del Poder Judicial<sup>59</sup>. En lo que específicamente se relacionaba con el ombudsperson, a éste se lo concebía como un organismo autónomo que iba a ser designado en conjunto por el Senado y la Cámara de Diputados a proposición del Presidente. En cuanto a su mandato, era reducido en dos sentidos: primero, en lo que respecta a los derechos que podía resguardar<sup>60</sup> y segundo, en relación con las facultades que su mandato le atribuía para velar por el resguardo de estos derechos, las que sólo se extendían a requerir información de los organismos investigados y pronunciarse públi-*

---

tados, por el mismo presidente Lagos en el año 2003 y luego fue objeto de indicaciones por parte de la presidenta Michelle Bachelet en julio de 2007, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>58</sup> Proyecto de ley que crea el Instituto de Derechos Humanos, ingresado a la Cámara de Diputados el 15 de junio de 2005. *Boletín* N° 3878-17 de la Cámara de Diputados, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>59</sup> Específicamente, el que proponía una reforma constitucional al Poder Judicial y el que creaba el consejo nacional de la justicia. Véase *Boletín* N° 332-07 de la Cámara de Diputados, en [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-20.2023000399](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2023000399). Visitada el 18 de marzo de 2008.

<sup>60</sup> De acuerdo con el articulado de este proyecto la finalidad del Defensor era “conocer, investigar, evaluar, el respeto por los órganos de la administración del Estado, de los derechos a que se refieren los números 1 al 8, ambos inclusive, 12, 13, 14 y 15 del artículo 19 de esta carta, con el objeto de propender a su pleno imperio”. En referencia correlativa, los derechos del N° 1 al 8 son el a la vida, a la igualdad ante la ley, a la igualdad ante la justicia, a la vida privada, a la inviolabilidad del hogar, a la libertad de conciencia, a la libertad personal y seguridad individual y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En tanto, los del 12 al 15 son él a la libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de petición y derecho de asociación. De esta manera, el defensor carecía de competencia tratándose de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como él a la educación, a la salud y a la seguridad social. Véase *Boletín* N° 332-07 de la Cámara de Diputados. Proyecto de ley. Artículo 1 inciso 2 en [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-20.2023000399](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-20.2023000399). Visitada el 18 de marzo de 2008.

camente acerca de su evaluación de éstos a la luz de los antecedentes obtenidos<sup>61</sup>. Este proyecto no tuvo ningún avance en su tramitación legislativa y fue archivado.

*En 1997, el ex presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle presentó otro proyecto de ley, el de Defensoría Nacional del Usuario.* La idea era crear un organismo al interior de la administración que velara por el respeto de los derechos del usuario de los servicios de utilidad pública clásicos (distribución eléctrica, telecomunicaciones, servicios sanitarios, de transporte y de suministro de gas)<sup>62</sup>. Respecto a éstos, aparte de elaborar informes sobre su comportamiento y representarles sus actos de mal administración, el proyecto contemplaba la facultad del defensor de hacerse parte en las acciones judiciales que contra ellos se presentarían. Nótese cómo no podía interponer estas acciones. Su actuación en juicio –al igual que la del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior– dependía de que previamente alguien presentara esta clase de acciones. Este organismo, desde el momento en que se concebía como uno inserto dentro de la administración del Estado, cuyo nombramiento y remoción dependían de la exclusiva confianza del Presidente de la República<sup>63</sup>, que se relacionaba con el Presidente a través del Ministerio de Economía<sup>64</sup>, vulneraba abiertamente el estándar de la autonomía contenido en los *Principios de París*. Al igual que en el caso anterior, este proyecto también no vio avances legislativos y debió ser archivado.

Posteriormente, *en el año 2000 el ex presidente Ricardo Lagos presenta un proyecto donde se concibe al defensor como un organismo cuya autonomía recibe reconocimiento constitucional*<sup>65</sup>. Con todo, el mandato del defensor aparece como bastante ambiguo, en cuanto se le otorgaban facultades de velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas frente a actos u omisiones de la administración, pero a continuación se agregaban las palabras “en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas”<sup>66</sup>. Esto reducía bastante el mandato de esta Defensoría, limitando su actuación para aquellos casos en que los intereses de un ciudadano –en tanto usuario de un servicio

---

<sup>61</sup> Véase *Boletín* N° 332-07... (n. 60)

<sup>62</sup> Véase *Boletín* N° 2115-03 de la Cámara de Diputados. Proyecto de ley. Artículo 2 en <http://sil.senado.cl/docsil/proy272.doc>. Visitada el 18 de marzo de 2008.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Véase *Boletín* N 2.605-07 del Senado. Proyecto de ley. Artículo único. Artículo 89 A., en <http://sil.senado.cl/docsil/proy1519.doc>. Visitada el 18 de marzo de 2008.

<sup>66</sup> *Ibid.*

de utilidad pública— se vieran afectados. A este defensor sí se lo proveía con la facultad de presentar acciones judiciales ante acciones u omisiones de órganos de la administración que afectaran intereses de carácter colectivo y difuso<sup>67</sup>.

Dado el nulo avance que este proyecto tuvo en el Senado, fue *retirado y vuelto a presentar con leves modificaciones en el año 2003*, aunque esta vez ante la Cámara de Diputados. Las modificaciones se refirieron, en primer lugar, a hacer explícito un papel de promoción, aunque limitado al catálogo de garantías establecidas en el artículo 19º de la Constitución Política de la República<sup>68</sup>. Luego, también se refirieron a acotar la defensa de intereses colectivos o difusos contenidos en el proyecto anterior a la de “derechos e intereses supraindividuales que esta Constitución le encarga”<sup>69</sup>. Por último, cabe destacar que al defensor se le mantenía su estatus de organismo cuya autonomía recibía reconocimiento constitucional<sup>70</sup>. El 10 de julio de 2007 y nuevamente dado el nulo avance en la tramitación legislativa, la presidenta Bachellet le introduce modificaciones al proyecto<sup>71</sup>. Por último, en algo que dice bastante acerca de la voluntad política a la hora de legislar sobre proyectos de ley en materia de ombudsperson, y luego de diecisiete años y de tres proyectos, la Comisión de Derechos

<sup>67</sup> Véase *Boletín* N° 2.605-07... (n. 65), inciso 3.

<sup>68</sup> Véase *Boletín* N° 3.429-07 de la Cámara de Diputados. Artículo único. Artículo 89 A, en <http://sil.senado.cl/docsil/proy3748.doc>. Visitada el 18 de marzo de 2008.

<sup>69</sup> Véase *Boletín* N° 3.429-07... (n. 68) inciso 3.

<sup>70</sup> Véase *Boletín* N° 3.429-07... (n. 68)

<sup>71</sup> Éstas, se relacionan, con su nombre, el cual ahora queda como “Defensor de las personas”. Luego, se limita su mandato, estableciendo que los derechos y garantías por los cuales en el ejercicio de sus atribuciones debe velar son aquéllos establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales suscritos y ratificados. Además, se limita su facultad de interponer acciones judiciales, eliminando toda referencia a la protección de intereses supraindividuales. Otra modificación limitadora de su mandato es la eliminación de su atribución de inspeccionar la actividad de los órganos de la administración del Estado, remplazándola por la bastante más limitada de requerir información. Por último, se modifica su sistema de nombramiento, pasando de un sistema en el que iba a ser nombrado por el Presidente con acuerdo de la mayoría de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, a otro en el que se hace más dependiente —y, por ende, más vulneratorio del estándar de la independencia— al Defensor del Presidente, desde el momento que es nombrado por el Presidente previa elaboración de una terna por parte de la Cámara de Diputados, adoptada por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Es importante mencionar que seis meses después de la introducción de estas modificaciones, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, aprobó la idea de legislar sobre la materia. Véase oficio N° 438- 555 de la Presidencia al presidente de la Cámara de Diputados. *Boletín* 2115-03... (n. 62)

Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en sesión realizada el 4 de junio de 2008, finalmente introdujo indicaciones al proyecto<sup>72</sup>.

Abordadas estas propuestas, cabe adentrarse en el análisis de la voluntad política para crear una institución nacional de derechos humanos autónoma y con legitimación activa, lo cual requiere de una aprobación de un quórum de tres quintos de los integrantes de cada Cámara<sup>73</sup>.

### *1. Voluntad política para crear una institución nacional de derechos humanos independiente*

La literatura en materia de instituciones nacionales de derechos humanos vislumbra que, como una consecuencia del principio de la independencia, las instituciones nacionales puedan “considerar cualquier cuestión que caiga dentro de sus competencias sin necesidad de pedir autorización a ninguna autoridad superior”<sup>74</sup>. Es éste y no otro el fundamento de la independencia. Además, en el contexto de un

---

<sup>72</sup> En general, las indicaciones son positivas, desde el momento en que las atribuciones del defensor se amplían desde la simple defensa de derechos, a la promoción, tutela y protección de los mismos. Además, el catálogo de éstos se amplía también a aquéllos contemplados en leyes. Otra buena modificación es la que amplía el mandato de esta institución al no limitar exclusivamente su intervención a la defensa de derechos en relación con la satisfacción de necesidades públicas, sino que también ante los actos de la administración en general, con lo que ya no se requiere ser usuario de un servicio público para que la Defensoría pueda intervenir. También se posibilita su intervención tratándose de empresas privadas, al establecerse que el papel del Defensor también puede ser ejercido ante personas naturales o jurídicas que ejerzan actividades o servicios de utilidad pública. Además, se amplía la legitimación activa del defensor, extendiéndose hasta poder interponer acciones judiciales ante tribunales ordinarios o especiales e, incluso, internacionales, a través de acciones o recursos que permitan reestablecer los derechos fundamentales de los afectados. Por último, se modifica el sistema de nombramiento, retomándose el sistema de designación presidencial con acuerdo de los tres quintos de los miembros en ejercicio de la Cámara. Véase *Boletín N 3.429-07...* (n. 68), Primer informe de la Comisión de Derechos Humanos, nacionalidad y ciudadanía. Artículo único. Artículo 100 A.

<sup>73</sup> Véase artículo 127 de la Constitución Política de la República de Chile: “Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65. El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

<sup>74</sup> Véase “Evaluar la eficacia... (n. 2), p. 15.

país con notorios problemas de acceso a la justicia, la independencia garantiza que esta institución libremente pueda determinar si corresponde o no interponer acciones judiciales para la debida protección de derechos que están siendo vulnerados.

Un primer estándar que permite escrutinar la voluntad política para efectos de crear una institución nacional independiente es, obviamente, *su configuración como un organismo autónomo*. El cual, en el contexto del ordenamiento jurídico chileno, no se satisface por el sólo hecho de definir al organismo en un texto legal como autónomo. La única categoría reconocida en nuestro ordenamiento para dotar a una institución pública de efectiva autonomía es su *consagración constitucional*, desde el momento que las autonomías legales no se encuentran reconocidas en nuestro ordenamiento y son considerados como meros servicios públicos descentralizados<sup>75</sup>. Esta cuestión, como se verá, ha sido reconocida por el propio ministro Secretario General de la Presidencia José A. Viera Gallo en la discusión del proyecto de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Siendo esto así, puede decirse de los proyectos de ley ya reseñados, que salvo los de Defensor de la administración Aylwin y los dos de la administración Lagos, ningún otro, incluido el de Instituto Nacional de Derechos Humanos, cumple con este estándar.

Otro aspecto a analizar para estar en presencia de organismos independientes es *su proceso de nombramiento*<sup>76</sup>. Específicamente, resulta vital que el nombramiento de quien dirige una institución nacional de derechos humanos sería, se encuentre estructurado de forma tal que garantice una absoluta independencia del que resulte finalmente electo en frente de aquél que será objeto permanente de su fiscalización: el Presidente. Analizados los proyectos reseñados y excluyendo por las razones señaladas en párrafos anteriores el proyecto del ex presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se puede observar que paradójicamente el único que parece cumplir con los estándares internacio-

---

<sup>75</sup> Véase Francisco ZUÑIGA, "Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias (a propósito de las aporías de la "democracia constitucional")", en *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 2, 2007, pp. 223-244, en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200010&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012, visitada el 23 de junio de 2008, p. 9 y Luis CORDERO, "Las paradojas de la institucionalidad ambiental o como debemos diseñar nuestras instituciones", en *Actas de las terceras jornadas de derecho ambiental*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derecho Ambiental, 2006, p. 346.

<sup>76</sup> Véase *Principios...* (n. 10), letra B.



nales es el formulado por el ex presidente Patricio Aylwin en 1991<sup>77</sup>. El proyecto original del ex Presidente Lagos, así como las modificaciones que él mismo posteriormente le introdujo y las indicaciones presentadas por la presidenta Michelle Bachellet en 2007, *mantienen un sistema en el cual la designación finalmente recae en el Presidente de la República*, quien justamente es aquel a quien esta institución deberá estar permanentemente fiscalizando<sup>78</sup>.

No obstante que el requisito anterior se cumpla, todavía restaría ver la cuestión de la autonomía financiera y dotación de personal adecuada de la institución que se pretende crear<sup>79</sup>. Lamentablemente, como aún la discusión legislativa no ha avanzado lo suficiente como para que se presente el respectivo proyecto de ley orgánica constitucional donde se establezca la estructura y presupuestos de esta institución<sup>80</sup>, no es posible analizar si la asignación de éstos satisface o no el estándar de la independencia.

Como se podrá observar, salvo por las referencias al primer informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, todas las demás aluden a los textos de los proyectos de ley presentados sobre la materia. Esto se debe a que todas las demás iniciativas en la materia a lo largo de estos diecisiete años no fueron objeto de ningún avance en su tramitación<sup>81</sup>, hecho que es demostrativo a todas luces de la ausencia de voluntad política para aprobar este tipo de instituciones.

El único indicio que encontramos para testear la voluntad política que existe para otorgarle autonomía a una institución nacional de derechos humanos se encuentra en la discusión del proyecto de ley sobre el Instituto Nacional de Derechos Humanos. En dicha discusión, el Senador de la UDI, Andrés Chadwick, sostuvo que una disposición como la contenida en el artículo 1º de este proyecto de ley –en que se otorgue potestades públicas a una entidad absolutamente

<sup>77</sup> Véase *Boletín* N° 332-07... (n. 21).

<sup>78</sup> Este defecto en algo se corrige con las indicaciones formuladas por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, donde el Presidente requiere del acuerdo de la Cámara de Diputados para la designación del defensor. Véase *Boletín* N° 3.429-07... (n. 68)

<sup>79</sup> Véase *Principios*... (n. 10), letra B.

<sup>80</sup> Salvo el caso del proyecto del ex presidente Patricio Aylwin, donde junto al proyecto de reforma constitucional que creaba al defensor se presentó también el de ley orgánica constitucional. Véase *Boletín* N° 332-07... (n. 21).

<sup>81</sup> Véase “Aprueban idea de legislar proyecto que crea el defensor de las personas”, en *www.El Mostrador.cl*, visitada 16 de enero de 2008.

autónoma, no sometida a controles, ni vínculos de supervigilancia por parte de ningún órgano de la Administración— sería contraria al artículo 6º de la ley orgánica constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado<sup>82</sup>. Por tanto, en opinión del nombrado Senador, sólo podría ser aprobada con el quórum necesario como para modificar la citada ley, es decir, con quórum de ley orgánica constitucional, con lo que se le da mayor incidencia en la resolución final del asunto a la posición de la oposición política en el Parlamento<sup>83</sup>. Ante este planteamiento, en la comisión mixta, el ministro José A. Viera Gallo ha reiterado que el hecho de que la ley establezca al Instituto como una corporación autónoma no tiene relevancia práctica. En su opinión, al no estar configurado como organismo constitucionalmente autónomo, para aspectos como promoción y la firma de ciertos actos, el Instituto deberá relacionarse con un Ministerio. Este dato es relevante, desde el momento que pone en evidencia la poca importancia que, más allá de cuestiones nominales, el Ejecutivo le atribuye a la exigencia de la independencia.

---

<sup>82</sup> Véase artículo 6 ley orgánica constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”, en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

<sup>83</sup> Cabe señalar que además del citado argumento textual, Andrés Chadwick apoyó su posición sobre la base de doce sentencias concordantes del TC en la materia, siendo la más representativa de ellas la que se relaciona con el proyecto de ley sobre creación del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, la que, incluso, nuestro senador se dio el lujo de sucintamente y en lo medular leer. Esta argumentación por parte de la Alianza detonó una furibunda reacción por parte de algunos senadores de la Concertación, como el senador Jaime Gazmuri, quien criticó el doble estándar de la derecha, la que no tenía problemas con ésta cuando se establecía para salvaguardar aspectos de la política económica, pero si los evidenciaba cuando se trataba de la institucionalidad para la protección de los derechos humanos, al respecto el Senador señaló: “El Banco Central es autónomo por ley, con una autonomía que algunos han discutido pero que toda la Oposición defiende a rajatabla. Ahora se trata de tener una entidad que supervise el respeto a los derechos humanos y sea autónoma en el cumplimiento de dicha función. Pero —perdóneme, Sus Señorías—, desde el punto de vista de la convivencia democrática, la protección de los derechos humanos es más esencial que lograr un dígito de inflación, por lo menos en mi concepción ética de lo que debe ser el ordenamiento social”. *Ibid*, véase Creación de Instituto Nacional de Derechos Humanos, en *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura 355ª, Sesión 44ª, en martes 28 de agosto de 2007, Ordinaria, en <http://sil.senado.cl/docsil/diar5434.doc>, visitada el 23 de marzo de 2008.

## 2. *Voluntad política para crear una institución nacional de derechos humanos con legitimación activa*

Una primera distinción a formular se relaciona con *el catálogo de derechos* que mediante la atribución de legitimación activa un ombudsperson puede resguardar. No es lo mismo poder presentar acciones judiciales que resguarden solamente derechos establecidos en la Constitución, que poder hacerlo para la protección de derechos establecidos en la Constitución y en otras leyes (como la Ley Indígena, la Ley de protección de Datos Personales, la Ley sobre bases del Medio Ambiente). Es más, incluso, dentro de la primera categoría podría formularse una distinción entre aquéllos que corresponden a derechos civiles y políticos (como la libertad personal, seguridad individual) y los que son derechos económicos, sociales y culturales (como a la salud, educación). Más aún, la legitimación activa puede ser también otorgada para el resguardo de derechos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (como un tratado en materia ambiental).

La misma distinción acerca del alcance de otorgar legitimación activa puede ser esbozada a propósito de *la naturaleza de los derechos* que el defensor puede proteger. Éstos pueden ser individuales (como la libertad de expresión, la vida, libertad personal y seguridad individual), colectivos (como los de los pueblos indígenas) o, incluso, difusos (como el derecho a un ambiente libre de contaminación). En el mismo sentido, es relevante considerar, también, *contra quien el ombudsperson puede accionar*. Si sólo lo puede hacer en contra de organismos públicos, evidentes violaciones a los derechos humanos que pueden ocurrir en el ámbito privado como discriminación, prácticas antisindicales y obstáculos a la negociación colectiva, no podrán ser tomadas por el defensor.

El punto de todas estas digresiones es que, dependiendo de los derechos para cuyo resguardo se quiera otorgar legitimación activa al ombudsperson, distinta va a ser la voluntad que pueda existir en el Ejecutivo y en el legislador. Ilustrativo para estos efectos es el proyecto de ley presentado por el ex presidente Ricardo Lagos. Este proyecto, otorga al defensor la posibilidad de presentar acciones judiciales para la defensa de los intereses supraindividuales y colectivos establecidos en la Constitución, *aunque lo hace sólo en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas*. Puesto en otros términos, si bien el proyecto le otorga al ombudsperson legitimación activa para proteger derechos colectivos y difusos, esto no puede ser hecho de manera general

ante cualquier acto de la administración, sino que sólo a los que se den en un especial contexto, el de la prestación de servicios del Estado al ciudadano<sup>84</sup>. Así, si un recluso se encuentra privado de libertad en condiciones infrahumanas, no podría contar con la asistencia del ombudsperson, desde el momento que no es usuario de un servicio de utilidad pública. Lo anterior demuestra un débil compromiso del Ejecutivo con la protección de los derechos humanos, en cuanto parece, al menos, restrictivo que éste pueda contar con el ombudsperson, sólo cuando sus derechos *en tanto usuario* se vean vulnerados, en vez de poder hacerlo en la generalidad de las situaciones<sup>85</sup>.

Nuevamente, por la falta de pronunciamiento legislativo directo sobre el ombudsperson, es necesario hacer mención al proceso de discusión experimentado en relación con el proyecto de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Uno de los temas más conflictivos de la discusión parlamentaria sobre este proyecto de ley fue, precisamente, la capacidad del Instituto para deducir o interponer querellas respecto de hechos constitutivos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, facultad que también se le otorgaba ante aquellos crímenes y simples delitos que deban ser investigados y sancionados de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontrasen vigentes<sup>86</sup>. De hecho, al ser discutida la aprobación de esta atribución en la sala del Senado, el Senador del Partido Renovación Nacional, Alberto Espina, señaló que la atribución del Instituto de interponer querellas en las situaciones descritas con anterioridad era contraria a la Constitución, en el sentido de que pasaba a llevar atribuciones exclusivas y excluyentes del Ministerio Público, por lo que no podía ser aprobada sino a través de una reforma constitucional<sup>87</sup>. El argumento

---

<sup>84</sup> Afortunadamente esto último ha sido subsanado en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, donde al articulado del proyecto se le introduce la distinción entre “órganos y servicios de la administración pública y de personas naturales o jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública”. Véase *Boletín* N° 3.429-07... (n. 68), visitada el 22 de junio de 2008.

<sup>85</sup> La intervención del ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo orientada a eliminar la facultad del defensor de presentar denuncias internacionales confirma esta apreciación. Véase, *Boletín* N° 3.429-07.. (n. 68), visitada el 22 de junio de 2008.

<sup>86</sup> Entrevista personal de uno de los autores de este informe con María Luisa Sepúlveda, presidenta de la comisión asesora presidencial para la formulación y ejecución de las políticas de derechos humanos, realizada el 6 de mayo del 2007.

<sup>87</sup> *Boletín* N° 3,429-07 (n. 68).

es discutible, pues una cuestión es la investigación –facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público tal como lo señala el citado artículo 83– y otra es la legitimación activa para presentar una querrela, la cual no le compete exclusivamente a este organismo, hecho que es reconocido por disposiciones del *CPP* que otorgan legitimación activa a otras personas distintas al Ministerio Público para presentar querellas. Con todo, para efectos de esta sección lo relevante es que tales dichos demuestran falta de voluntad política, en el sentido de buscar una traba que no parece del todo rigurosa, a la aprobación de un proyecto para otorgar legitimación activa a las instituciones proyectadas en materia de derechos humanos.

### 3. *El Instituto Nacional de Derechos Humanos: ¿una auténtica institución nacional de derechos humanos?*

El proyecto de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos fue presentado por el ex presidente Ricardo Lagos en el año 2005 y ha sido objeto de un particular proceso legislativo<sup>88</sup>. En lo relacionado con la propuesta del Ejecutivo, cabe señalar que en la exposición de motivos del *Mensaje*, por primera vez se hace alusión a los *Principios de París*, señalando, específicamente, que el proyecto se ajustaba a los principios de independencia, pluralismo, estabilidad, como también a la amplitud del mandato que estas instituciones debieran tener y también a sus modalidades de funcionamiento<sup>89</sup>. En lo sustantivo, el Ejecutivo define al Instituto Nacional de Derechos Humanos como una institución autónoma sin reconocimiento constitucional<sup>90</sup>, cuestión que, como se ha visto, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no garantiza autonomía. En cuanto a sus funciones, se señala que genéricamente está la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en Chile, entendiendo por derechos humanos aquéllos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que se encuentran establecidos en las normas constitucionales y le-

---

<sup>88</sup> En primer lugar, fue aprobado con (interesantes) modificaciones por la Cámara de Diputados y luego volvió ser aprobado, con nuevas (y deplorables) modificaciones por parte del Senado, que motivaron el rechazo de estas modificaciones por parte de la Cámara de Diputados, que siendo la Cámara, donde se empezó a discutir este proyecto debía pronunciarse si es que –como ocurrió en este caso– la cámara revisora, el Senado, le introducía modificaciones. De esta manera, el proyecto tuvo que ir a una comisión mixta, integrada por diputados y senadores, donde actualmente se está discutiendo.

<sup>89</sup> Véase Exposición de motivos... (n. 58)

<sup>90</sup> Véase Proyecto de ley. Artículo 1... (n. 58)

gales chilenas, así como también en los tratados internacionales que hubieren sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Al mismo tiempo, el proyecto del Ejecutivo establece expresamente que el Instituto se diferencia del Defensor Ciudadano, ya que su labor es mucho más amplia que la de este último: defender a las personas frente a los actos ilegales y arbitrarios de la administración<sup>91</sup>. Para estos efectos, se le otorgan varias funciones específicas de distinta índole. Entre éstas, está la de elaborar informes anuales para ser presentados ante los poderes del Estado, promover la armonización de la legislación con los tratados internacionales de que se es parte, ayudar en la elaboración de los informes que anualmente debe elaborar el Ministerio de Relaciones Exteriores ante los comités especializados de las Naciones Unidas y de la OEA y la de representar ante el gobierno y demás órganos públicos situaciones de violación a los derechos humanos en cualquier parte del país<sup>92</sup>.

El problema de contemplar todas estas atribuciones es que, como señaló la presidenta de la Corte IDH, profesora Cecilia Medina Quiroga en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados<sup>93</sup>, es que *no se aprecia un norte u orientación clara para el Instituto*. Esto se aprecia claramente en el hecho de que el Instituto mezcle *funciones de asesoría* en materia de derechos humanos, como la de elaborar informes anuales ante los organismos internacionales, con otras de *protección de los derechos humanos*, como la de representar ante el gobierno y otros órganos públicos, las violaciones a los derechos humanos en cualquier parte del país.

En el ejercicio de las funciones de asesoría, el Instituto debe asistir a la División de Derechos Humanos de la Cancillería en la elaboración de los informes que año a año el Estado de Chile presenta para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En tanto, si cumple con su atribución de representar esta clase de situaciones, va a engrosar el número de situaciones que deberán constar en el Informe, que también ayudará a elaborar. Así, no obstante de gozar formalmente de un estatus autónomo, su independencia no parece del todo clara, desde el momento que deberá ponderar el cumplimiento de otra de sus atribu-

---

<sup>91</sup> Véase Exposición de motivos... (n. 58).

<sup>92</sup> Véase Proyecto de ley. Artículo 4... (n. 58).

<sup>93</sup> Véase exposición de Cecilia Medina en Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en *Boletín* N° 3,429-07 (n. 68).

ciones, a la hora de decidir si representar situaciones de vulneración a los derechos humanos.

Ahora bien, al antes aludido proyecto del Ejecutivo se le introdujeron varias y buenas modificaciones durante su tramitación ante la Cámara de Diputados<sup>94</sup>. Al llegar al Senado, hubo una fuerte oposición por parte de los partidos de la Alianza, la que se motivó principalmente en los aspectos que antes se analizaron, relativos a su autonomía y a su legitimación activa para decucir querellas. Todo esto obligó al gobierno a negociar con la Alianza, a través de una comisión ad hoc, compuesta por el ministro José A. Viera Gallo junto a los senadores Alberto Espina y Andrés Chadwick, que se materializó en una indicación sustitutiva del Ejecutivo en la que se introducían varias (y lamentables) modificaciones al proyecto<sup>95</sup>. Tales modificacio-

---

<sup>94</sup> Al respecto, cabe destacar que las labores de promoción y (ahora) de protección (en vez del término defensa) alcanzaban ya no sólo a los derechos establecidos en la Constitución, leyes y tratados internacionales suscritos por Chile y que se encontrasen vigentes sino, también, de aquéllos emanados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario Internacional. Esto era algo muy bueno, pues ampliaba considerablemente el abanico de derechos cuya protección se garantizaba para la ciudadanía. A su vez, el informe anual que al Instituto le cabría elaborar no solamente habría de ser dirigido a los tres poderes del Estado sino, también, a las Naciones Unidas, a la OEA y a las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que figurasen inscritas en el registro establecido por el artículo 8. También se le otorgaban facultades específicas como aquéllas relativas al ámbito de la discriminación. Además, se ampliaban sus facultades promotoras de legislación, al incluir aquellas convenciones o tratados internacionales que fueran sometidas a discusión o aprobadas en el seno de las Naciones Unidas, la OEA u otras instituciones regionales. Adicionalmente, se incluía dentro de sus facultades la de deducir querellas respecto de hechos constitutivos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, facultad que también se le otorgaba ante aquellos crímenes y simples delitos que deban ser investigados y sancionados de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontrasen vigentes, estableciéndose, además, el deber de hacerse parte o coadyuvar en los procesos criminales relacionados con detenidos desaparecidos o personas que, no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no hubiesen podido ser ubicados y que hayan sido reconocidos como tales por la Comisión Rettig o por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Véase oficio N° 11.439 de la Cámara de Diputados al presidente del Senado. Proyecto de ley. Artículo 4 en <http://sil.senado.cl/docsil/ofic11439.doc>. Visitada el 20 de marzo de 2008.

<sup>95</sup> El citado acuerdo, además de eliminar la facultad de presentar querellas, mantuvo nominalmente, aunque en menor grado, el carácter autónomo de esta institución, al otorgarle al Ministerio de Justicia la representación para efectos de sus relaciones con el Presidente. Otra de las modificaciones introducidas en esta oportunidad fue volver a la propuesta original del Ejecutivo y de paso eliminar la indicación que se había aprobado por la Cámara de Diputados, en relación con que es lo que cabía entender incluido dentro del concepto de derechos humanos para los efectos de la competencia del Instituto, con lo que quedó fuera

nes incluyeron la renuncia del Ejecutivo a la creación de una institución independiente y con legitimación activa para presentar acciones judiciales, cuestión que, a su vez, llevó a su posterior rechazo por la Cámara de Diputados.

Revisado el articulado del proyecto de ley del Instituto de Derechos Humanos que ha sido aprobado por la comisión mixta<sup>96</sup>, cabe destacar que se le ha repuesto a esta entidad –sólo nominalmente, como se ha explicado– el carácter de autónoma, utilizando la misma figura que se ha utilizado para el Consejo de la Transparencia en el proyecto de ley de acceso a la información pública. Además, por expresa disposición de un artículo transitorio, se mantiene la vigencia del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, para los efectos de llevar las causas relacionadas con hechos acaecidos durante la dictadura.

Es necesario volver a recalcar que la consagración del principio de autonomía respecto del Instituto dista mucho del estándar de la *independencia* consagrado en los *Principios de París*<sup>97</sup>. Muestra de ello es que al interior de la comisión mixta, el mismo ministro José A. Viera Gallo reconoció que en la práctica, una institución con esta configuración “*va a funcionar como un servicio público descentralizado*”<sup>98</sup>. Vale decir, como uno que sin perjuicio de contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo Ministerio<sup>99</sup>. De

---

la referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario. El artículo 4 del proyecto también sufrió modificaciones, las que al igual que en la situación recientemente descrita, eliminaron las modificaciones que se habían aprobado en la Cámara de Diputados, con lo que el informe que anualmente le corresponde elaborar al Instituto ya no debería ser enviado a organismos internacionales como las Naciones Unidas o la OEA, sino tan sólo a los clásicos tres poderes del Estado, tal como se contemplaba en el proyecto original enviado al Congreso por el Ejecutivo. También fue eliminada otra de las atribuciones aprobadas en la cámara de origen, la que le otorgaba atribuciones en materia de discriminación. En el mismo sentido, se eliminó también su atribución de promover la suscripción de tratados y convenciones internacionales que sean sometidas a discusión o aprobadas en el seno de las Naciones Unidas, OEA u otras instituciones regionales. Véase oficio N° 12.576 del Senado al presidente de la Cámara de Diputados. Proyecto de ley. Artículos 1 y 4 en <http://sil.senado.cl/docsil/ofic12576.doc>. Visitada el 20 de marzo de 2008.

<sup>96</sup> Véase Informe de la comisión mixta, recaído en el proyecto de ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en <http://sil.senado.cl/docsil/info11556.doc>. Visitada el 11 de julio de 2008.

<sup>97</sup> Véase *Principios...* (n. 10), letra B.

<sup>98</sup> Véase Informe de la comisión mixta... (n. 96).

<sup>99</sup> Véase artículo 26 de la ley orgánica constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado [definiendo lo que es un servicio público descentralizado], en [bcn.cl](http://bcn.cl)



hecho el mismo Ministro ha reconocido esto, desde el momento que ha señalado en la comisión que el hecho de que se lo establezca como una corporación autónoma

“no tiene mayor trascendencia (...), ya que en la práctica, cuando hay un Ministerio que tiene que hacer el presupuesto para promoverlo, y cuando haya que dictar ciertos actos tendrá que existir una relación especial con algún Ministerio. Entonces, indicó, el hecho no tiene mayor relevancia”<sup>100</sup>.

Adicionalmente, vale la pena destacar que le repuesto al Instituto, su legitimación activa para hechos acaecidos con posterioridad al 11 de marzo de 1990. Específicamente el numeral 5° del artículo 3° contempla como atribución del Instituto la de “deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia”<sup>101</sup> Ahora bien ¿Cuál es el alcance de esta última facultad? Difícil resulta saberlo. Los únicos indicios con los que se cuenta, muestran una deliberada intención de mantener el alcance de esta facultad de una manera ambigua<sup>102</sup>, sin llegar a incluir la presentación de acciones en contra de la discriminación<sup>103</sup>.

Al mismo tiempo, permanecen abiertas preguntas fundamentales como la relativa a la naturaleza de estas acciones (¿podrá interponer acciones civiles, penales, constitucionales, todas ellas?), ¿contra quién

<sup>100</sup> Véase Informe de la comisión mixta... (n. 96), p 3

<sup>101</sup> Proyecto de ley, artículo 3 N° 5. *Boletín*, 3.878-17, en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

<sup>102</sup> Inquirido en la comisión mixta sobre el alcance de esta facultad, el ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera Gallo señaló que “es más precisa y más amplia” que la que contemplada en los numerales 7 y 8 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados (que le otorgaba la facultad al Instituto de deducir querrelas respecto de hechos constitutivos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, facultad que también se le otorgaba ante aquellos crímenes y simples delitos que deban ser investigados y sancionados de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontrasen vigentes, además del deber de hacerse parte o coadyuvar en los procesos criminales relacionados con detenidos desaparecidos o personas que, no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no hubiesen podido ser ubicados y que hayan sido reconocidos como tales por la Comisión Rettig o por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación). Véase acta comisión mixta. *Boletín*, 3.878-17 (n. 96), p. 28.

<sup>103</sup> Ante la discrepancia entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca de si le habría de corresponder al Instituto la protección ante la discriminación, el ministro Secretario General de la Presidencia José A. Viera Gallo se mostró partidario de suprimir esta atribución, en razón de estimar que ésta se trataría de una labor propia del Defensor. *Boletín*, 3.878-17 (n. 96), p. 5.

procederá su interposición (sólo contra el Estado. También contra privados?). Preguntas cuya respuesta es importante para evaluar su idoneidad, desde el momento que si sólo puede accionar contra el Estado, frente a las variadas formas de vulneraciones a los derechos humanos que se producen en el mundo privado, una de las cuales es precisamente la discriminación, permanecerá como un observador. En línea similar, si sólo puede interponer acciones civiles, no contará con el poder disuasivo de la respuesta penal. En igual sentido, si no puede presentar acciones constitucionales, quedará desprovisto de un recurso de tramitación especialmente ágil para el pronto remedio de las situaciones de vulneración a derechos humanos.

No se puede finalizar este capítulo sin hacer mención a que cerca del cierre de este informe, el proyecto del Instituto Nacional de Derechos Humanos parece quedarse, una vez más, sin ningún tipo de apoyo político<sup>104</sup>. Esta situación se gatilla por la aludida negociación entre el ministro José A. Viera Gallo y los senadores de oposición. En esa negociación se le privó de la facultad de presentar querellas por violaciones a derechos humanos, lo que desató la pérdida de apoyo al proyecto por parte de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, los que hasta hoy se oponen a su aprobación, en razón de que con esa negociación el proyecto se desvirtuó. Esa pérdida de apoyo ha gatillado una postura similar por parte de la Concertación, la que en estos días señala que no apoyará la creación del Instituto sin el apoyo de esta asociación<sup>105</sup>.

Si tal *impasse* se mantiene en el tiempo, no habrá mucho de que lamentarse. Como se ha visto, no obstante que al Instituto se le atribuya un carácter autónomo, él mismo seguirá dependiendo de un ministerio para su promoción y para la realización de ciertos actos. Por tanto, no será independiente en el sentido como lo exigen los *Principios de París*. A su vez, si como parece desprenderse de las palabras de Danae Mlynarz ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, el Instituto carecerá de legitimación activa en materia de derechos económicos, sociales y culturales, su aprobación en nada atenuará los graves problemas de acceso a la justicia tratándose de derechos que no son de

---

<sup>104</sup> Véase, “La Concertación no apoyará creación de Instituto de Derechos Humanos”, en Radio Cooperativa, 14 de julio del 2008 en [www.cooperativa.cl](http://www.cooperativa.cl). Visitada el 14 de julio de 2008.

<sup>105</sup> *Ibid*

naturaleza civil y política, como los de los pueblos indígenas<sup>106</sup>. En suma, de aprobarse el Instituto, si bien se contará con una institución para la promoción de los derechos humanos, no cumplirá con los estándares internacionales existentes en la materia y tampoco estará a la altura de las instituciones que realizan estas funciones en la región. Así las cosas, Chile, no obstante integrar el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que carece de una auténtica institución nacional de derechos humanos.

---

<sup>106</sup> Véase Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, en *Boletín*, 3.878-17 (n. 96),



## SIGLAS Y ABREVIATURAS

---

AAVV	Autores varios
ACICH	Asociación de Ciegos de Chile
ACONOR	Asociación de Consumidores Organizados
ACHNU	Asociación Chilena pro Naciones Naciones
AE	Anticoncepción de emergencia
AFUSE	Asociación de Funcionarios de SENAME
A.G.	Asociación Gremial
AGES	Centro Juvenil AGES
ANFUP	Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios
ANSOG	Asociación Nacional de Suboficiales de Gendarmería
APN	Ayuda Popular Noruega
APROFA	Asociación de Protección de la Familia
art.	artículo
arts.	artículos
ASOCH	Asociación Nacional de Sordos de Chile
AUGE	Acceso Universal con Garantías Explícitas en Salud
c.	contra
C.	considerando
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAJ	Corporación de Asistencia Judicial

CASEN	Encuesta de Caracterización Socioeconómica
CAVI	Centro de Atención a las Víctimas de Delitos Violentos
CCP	Centro de Cumplimiento Penitenciario
CCPR	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CDP	Centro de Detención Preventiva
CEAL	Centro de Estudios y Asistencia Legislativa
CECH	Conferencia Episcopal de Chile
CEDAW	Comité de la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDR	Comité de Eliminación de la Discriminación Racial
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CEJIS	Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Bolivia
CELCO	Celulosa Arauco y Constitución
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina
CENABAST	Central de Abastecimiento de los Servicios Nacionales de Salud
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPIJ	Centros Especializados de Protección Infanto-Juvenil
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Cfr.	Confróntese
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CINORODH	Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos
CIP	Centro de Internación Provisoria
CIPD	Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo

CIS	Comisiones Interinstitucionales de Supervisión
CNC	Cámara Nacional de Comercio
CODELCO	Corporación Nacional del Cobre
CODEPU	Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONAMA	Comisión Nacional del Medio Ambiente
CONASOCH	Confederación de No Oyentes de Chile
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadores
COREMA	Comisión Regional de Medio Ambiente
CORFO	Corporación de Fomento
CORFAUSAM	Coordinadora de Agrupaciones de Familiares y Usuarios de Personas con Afección en Salud Mental
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CJM</i>	<i>Código de Justicia Militar</i>
COSAM	Centro Comunitario de Salud Mental
CP	Centro penitenciario
CPEIP	Programa de Asignación Variable por Desempeño Individual
CPL	Centros Privativos de Libertad
<i>CPP</i>	<i>Código Procesal Penal</i>
CPU	Corporación de Promoción Universitaria
CRC	Convención sobre los Derechos del Niño
CRS	Centro de Referencia de Salud de Atención Abierta
CUT	Central Unitaria de Trabajadores

DAM	Diagnóstico Ambulatorio de Se- name
DC	Democracia Cristiana <i>a veces</i> De- mocrata Cristiano
DD.HH.	derechos humanos
DEPRODE	Departamento de Protección de Derechos del Niño
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DESCA	Clínica de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
DFL	decreto con fuerza de ley
DIA	Declaraciones de Impacto Am- biental
DINA	Dirección de Inteligencia Nacio- nal
DINE	Dirección de Inteligencia del Ejér- cito
dir.	director
DIU	Dispositivos Intrauterinos
DL	decreto ley
Doc.	documento
DS	decreto supremo
Dto	documento
ECPAT	Red Internacional Contra la Ex- plotación Sexual
ed.	edición
eds.	editoras <i>a veces</i> editores
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
ENDESA	Empresa Nacional de Electricidad S.A.
ENDISC	Estudio Nacional de Discapaci- dad
ESCI	explotación sexual comercial in- fantil
ESVAL	Empresa de Servicios Sanitarios de Valparaíso
ETA	EvsKadi Tà AsKatasvna
Excma.	Excelentísima
Excmo.	Excelentísimo
FACH	Fuerza Área de Chile



FALF	Fundación de Asistencia Legal de la Familia
FASIC	Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas
FECH	Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile
FF.AA.	Fuerzas Armadas
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
FPMR	Frente Patriótico Manuel Rodríguez
FNE	Fiscalía Nacional Económica
FONADIS	Fondo Nacional de la Discapacidad
FONASA	Fondo Nacional de Salud
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
FNUAP	Fondo de Población de las Naciones Unidas
FORJA	Formación Jurídica para la Acción
<i>Gab. Pres.</i>	<i>Gabinete Presidencial</i>
GAP	Grupo de Amigos del Presidente
GENCHI	Gendarmería de Chile
GES	Garantías Explícitas en Salud
GOPE	Grupo de Operaciones Especiales de Carabineros
hrs.	horas
<i>Ibid.</i> a veces <i>Ibidem</i>	allí, en ese mismo lugar
ICSO	Instituto de Ciencias Sociales
IPC	Índice de Precios al Consumidor
Ilتما.	Ilustrísima
inc.	inciso
incs.	incisos
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
INP	Instituto de Normalización Previsional
ISAPRES	Institutos de Salud Previsional
JUNJI	Junta Nacional de Jardines Infantiles
km <sup>2</sup>	kilómetros cuadrados

LGE	Ley General de Educación
LOCC	Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile
LOCE	Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza
m <sup>3</sup>	metros cúbicos
MECE	Programa de Mejoramiento de la Calidad y Equidad de la Educación
mg	miligramos
MIDEPLAN	Ministerio de Planificación y Cooperación
MINEDUC	Ministerio de Educación
MINSAL	Ministerio de Salud
MIR	Movimiento de Izquierda Revolucionario
mm	milímetros
MOVILH	Movimiento de Integración y Liberación Homosexual
n.	nota
Nº	número
NEE	Necesidades Educativas Especiales
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLCA	Corporación Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>Op. cit.</i>	obra citada
OPD	Oficina de Protección de los Derechos del Niño y el Adolescente
OPS	Organización Panamericana de la Salud
OREALC	Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe

PAJ	Programa de Asistencia Jurídica: Acceso a la Justicia
PANDA	Centro de Tratamiento del Cáncer
pár. <i>a veces</i> parr. o párr.	párrafo
párrs. <i>a veces</i> párs.	párrafos
p.	página
PIDCP	Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	páginas
PPD	Partido por la Democracia <i>a veces</i> píldora del día después
PPDA	Plan de Prevención y Desconta- minación Atmosférica de la Re- gión Metropolitana
PRAIS	Programa de Reparación y Aten- ción Integral en Salud y Dere- chos Humanos
PS	Partido Socialista
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
(R)	retiro
RCA	Resolución de Calificación Am- biental
Ref.	referencia
RIC	rol interno de cuasa
RIT	rol interno del tribunal
RM	Región Metropolitana
RN	Renovación Nacional
RUC	rol único de causa
\$	pesos chilenos
s.	siguiente
S.A.	sociedad anónima
SE	Su Excelencia
SEGIB	Secretaría General Iberoameri- cana
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SENAME	Servicio Nacional de Menores

SEREMI	Secretario Regional Ministerial
SERNAM	Servicio Nacional de la Mujer
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida
SIMCE	Sistema de Medición de la Calidad de la Educación
SML	Servicio Médico Legal
SMAPA	Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TDL	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
TVN	Televisión Nacional de Chile
UAHC	Universidad Academia Humanismo Cristiano
UDI	Unión Demócrata Independiente
UDP	Unión Demócrata Independiente
UMCE	Universidad Diego Portales
UNCICH	Unión Nacional de Ciegos de Chile
UNESCO	Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
UNPADE	Unión Nacional de Padres y Amigos de las Personas con Discapacidad Intelectual
UPI	United Press International
US\$	dólares estadounidenses
USB	Universal Serial Bus
UTI	unidad de tratamiento intensivo
UTM	unidad tributaria mensual
VIF	violencia intra familiar
VIH a veces HIV	virus de la inmunodeficiencia humana
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>vs. a veces v.</i>	<i>versus</i>



