

Informe Anual sobre
Derechos Humanos en Chile 2006
(Hechos de 2005)

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2006

Hechos de 2005

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

*La preparación y publicación
de este Informe ha sido posible
gracias al aporte de the John Merck Fund y la Fundación Ford.*

INFORME ANUAL
SOBRE
DERECHOS HUMANOS
EN CHILE 2006
(Hechos de 2005)

Primera edición de
1.000 ejemplares
Junio 2006

I.S.B.N. N° 956-7397-85-6

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 155.509

Impresión y diagramación:
Salesianos S.A.
General Gana 1486, Santiago de Chile

Índice

Introducción	7
Condiciones Carcelarias	15
Sistema Judicial y Derechos Humanos	167
Verdad y Justicia Respecto de las Violaciones del Pasado	263
Libertad de Expresión	299
Derechos Humanos de las Mujeres	333
Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas	367
Derechos Humanos de los Inmigrantes	395
Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad	409
Derechos Humanos de las Minorías Sexuales	427
Derecho a la Seguridad Social en la Tercera Edad	435

Introducción

El presente Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile cubre los principales hechos acaecidos en la materia durante el año 2005. Su capítulo central se refiere a las condiciones carcelarias existentes en nuestro país. Como se aprecia, se trata del mismo tema principal del Informe Anual anterior. La razón de ello es que dicho Informe instaló, en conjunto con otros acontecimientos, un debate público acerca de la situación de las cárceles y los abusos que en materia de derechos humanos se cometen de manera cotidiana. Considerando que históricamente ha sido un tema postergado de la agenda pública, ha parecido necesario darle un seguimiento significativo al mismo, de manera de contribuir a que ese debate público se traduzca en reformas concretas a la normativa que regula las cárceles así como a las prácticas concretas en su interior.

Con todo, la forma de abordar la cuestión carcelaria en este Informe abarca una serie de aspectos no tratados en el Informe Anual anterior, de manera de ofrecer una visión complementaria de la expuesta el año previo.

Así, el capítulo central se inicia con una descripción del posicionamiento público de la discusión sobre las condiciones carcelarias en Chile. Como se sabe, en los últimos años ha concitado una importante atención de la opinión pública y de los actores políticos la reforma estructural del sistema de justicia criminal. Esta reforma, que se ha implementado por etapas, se encuentra en vigor en todo el país desde mediados de 2005. Ello no ha ido acompañado ni de cerca, sin embargo, por una atención similar a los graves problemas de derechos humanos que se producen en los recintos de privación de libertad. En rigor, las menciones a las cárceles, hasta hace pocos meses, sólo se referían a las demandas de actores políticos y de sectores de la opinión pública por enviar más personas a ellas, sin po-

ner atención a los graves problemas existentes y perdiendo de vista una comprensión integral al respecto.

El estado del debate al respecto (aunque no las condiciones carcelarias mismas) ha cambiado en alguna medida en los últimos meses. El presente Informe pretende dar cuenta de este proceso de cambios. Se trata de una transformación parcial, por cierto, en la medida en que los enfoques unilaterales sobre el tema (concentrados únicamente en enviar más personas a las cárceles) continúan teniendo una presencia muy significativa en el debate político y en los medios de comunicación. Sin embargo, parece haberse abierto un flanco distinto, que lleva a que algunos actores tomen en consideración otros aspectos de la situación carcelaria.

Por lo que se refiere a la situación de los derechos humanos al interior de los recintos penales ésta se mantuvo el 2005 en términos muy similares a los del año anterior. Esto implica la persistencia de graves condiciones de hacinamiento, falta de atención médica adecuada, muertes, tortura y malos tratos, corrupción de Gendarmes y, en general, de una falta de transparencia y de un control apropiado de la gestión de las cárceles.

El Informe estudia detenidamente los problemas existentes respecto de la concesión a privados de la construcción de nuevos recintos penitenciarios. Según se describe, dicho proceso presenta serias deficiencias, con el consiguiente impacto negativo para intentar dar solución al hacinamiento actual y la afectación a los derechos humanos derivados de éste. Así, se da cuenta de los problemas de costos; de los términos y condiciones de los contratos de concesión; del incumplimiento en la entrega de los nuevos centros de privación de libertad y de los problemas para adaptar a Gendarmería al nuevo modelo, en el que deberá compartir algunas funciones con los privados.

Siempre en relación con las condiciones carcelarias, el Informe describe las serias limitaciones del acceso a la información respecto de ellas, lo que caracteriza a un sistema que carece de transparencia y que impide que Gendarmería y los demás órganos del Estado a cargo de los recintos penales sean sometidos a un escrutinio de la ciudadanía, como corresponde en un Estado de Derecho y lo exigen una serie de tratados internacionales de los que Chile es parte.

En particular, se explica en el capítulo mencionado la demanda judicial por acceso a la información que la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales lleva adelante contra Gendarmería. En ella se solicita información estadística acerca de los siguientes aspectos: población

carcelaria, desagregada por región, sexo y situación procesal; número y causas de los decesos ocurridos al interior de los recintos penales; número y situación de los sumarios administrativos seguidos por alegaciones de abusos cometidos por Gendarmes; y acciones judiciales iniciadas en contra de ellos.

En 2005 se dictó una sentencia de primera instancia que acogió la demanda, estableciendo que Gendarmería debía entregar la información solicitada. El tribunal señaló que el argumento de Gendarmería, según el cual carecía de la información requerida, es insostenible, ya que una institución a cargo de la administración de las cárceles debe poseer dicha información, aunque sea “en bruto”, teniendo la obligación de sistematizarla. La sentencia fue apelada por Gendarmería y el caso se encuentra actualmente pendiente.

El Informe también estudia las condiciones de reclusión de niños y adolescentes. De acuerdo a la normativa vigente, cuando ellos se hallan en contacto con la justicia penal sólo pueden ser privados de libertad por causales específicas y en establecimientos especiales, previamente determinados por la autoridad. La ley distingue tres tipos de Centros, dos de los cuales son explícita o implícitamente reconocidos como privativos de libertad. Nuestro sistema contempla, además, secciones de menores al interior de algunas cárceles públicas para su privación de libertad en situaciones específicas. Tal es el caso de quienes han sido declarados con discernimiento por sentencia ejecutoriada y sujetos a prisión preventiva.

La situación de los menores privados de libertad es, en términos generales, bastante similar a la de los adultos, lo que implica que, salvo algunas excepciones, los problemas que son posibles de constatar en la vida diaria de los reclusos adultos en las cárceles del país se extienden a los menores privados de libertad. Un problema específico de los niños y adolescentes se refiere a la necesidad de mantenerlos separados de los adultos, exigencia que se transgrede en la práctica de varias maneras.

Una diferencia de la situación de los menores comparada con la de los adultos es que éstos no se encuentran en las mismas condiciones de hacinamiento de éstos, aunque sí existen algunos centros que cuentan con porcentajes de sobrepoblación significativos, especialmente los que funcionan en la Región Metropolitana. Los problemas más generalizados, en cambio, dicen relación con la calidad de la infraestructura de los centros, su ubicación geográfica, la alimentación de los menores, las condiciones del derecho a visitas y el acceso a prestaciones de salud idóneas, entre las más importantes.

También persisten la tortura y los malos tratos, incluyendo el uso de celdas de castigo en vulneración de los estándares internacionales, y los abusos sexuales.

Otro aspecto que resalta, y que resulta especialmente grave tratándose de personas que aún no han entrado a su edad adulta, es la ineficacia de los programas de rehabilitación de los niños y adolescentes.

Por otra parte, si bien la legislación vigente establece una clara distinción entre los Centros destinados al diagnóstico y acogida de niños y adolescentes necesitados de protección y aquéllos otros orientados a la privación de libertad de adolescentes infractores de ley penal detenidos o sometidos a examen de discernimiento, esta distinción, dirigida especialmente a terminar con la privación de libertad del primer grupo de niños y adolescentes, se ve burlada porque algunos de aquellos Centros operan en la práctica en condiciones de privación de libertad. El problema se da especialmente respecto de dos tipos de situaciones: la de los menores de edad inimputables sospechosos de cometer un hecho delictivo y la de los menores considerados en "desajuste conductual", aun si no han cometido hecho delictivo alguno.

El capítulo sobre condiciones carcelarias efectúa también una revisión de otros aspectos que inciden en la persistencia de las violaciones a los derechos humanos de los reclusos. En especial, se estudian las limitaciones y deficiencias de la supervisión del control de la pena. En el Derecho Comparado existe una serie de modalidades de supervisión, incluyendo órganos estatales dedicados específicamente a esta función o un control judicial estrecho. Nada similar opera en Chile, donde Gendarmería goza de una amplia discreción al respecto, lo que facilita la comisión de abusos.

Otro aspecto dice relación con las condiciones laborales de los Gendarmes y su impacto negativo en las características de la reclusión de los internos. La cuestión de las condiciones laborales del personal de Gendarmería salió a la luz pública en el segundo semestre de 2005, luego de la publicación del Informe Anual anterior y de un conato de huelga de los gendarmes. En el presente Informe se analiza el asunto en detalle, concluyéndose que existe en Gendarmería una cultura organizacional que facilita la corrupción y las violaciones a los derechos humanos. Entre los aspectos específicos se encuentran las bajas remuneraciones (las que incluso han disminuido), la precaria formación de los futuros gendarmes, la falta de personal suficiente (recurriéndose como una práctica habitual a alumnos de la Escuela de Gendarmería para desempeñar funcio-

nes que deberían cumplir gendarmes ya formados), la falta de uniformes y las irregularidades a que ello ha dado lugar, el hacinamiento de los propios gendarmes y los abusos de los oficiales sobre sus subalternos. En síntesis, se trata de un conjunto de graves problemas que repercuten en que, a su vez, los internos vivan en condiciones carcelarias inhumanas, que transgreden los estándares internacionales a los cuales Chile se halla obligado.

El capítulo sobre condiciones carcelarias concluye con una descripción y revisión crítica acerca del papel que desempeñan en la práctica los jueces de garantía durante las visitas a las cárceles, transformándolas en rituales meramente protocolares, que a lo sumo se refieren a la situación de los procesos judiciales que se siguen a los internos, pero que no representan un monitoreo real acerca de las condiciones carcelarias a que éstos se ven sometidos.

El Informe contiene también un extenso capítulo acerca de la situación del Sistema Judicial y los Derechos Humanos en Chile. Si bien, como es lógico, en cada Informe Anual se ha venido dando cuenta de las principales tendencias de la jurisprudencia en relación con distintos derechos específicos, dados los problemas estructurales que se advierten en el sistema judicial con incidencia para la protección de tales derechos, ha parecido necesario efectuar un estudio de conjunto acerca de dicho sistema. Este enfoque, desarrollado anteriormente en el Informe Anual publicado en 2004 (sobre hechos del año 2003), es ahora puesto al día, incluyéndose el análisis de una serie de aspectos adicionales.

Así, en el capítulo recién mencionado, se revisan el sistema de designación de los miembros de la Corte Suprema y la falta de transparencia al respecto, el proyecto de ley sobre los abogados integrantes y sus implicancias para el derecho a un debido proceso, las reformas a la justicia laboral y, finalmente, las reformas introducidas a la Constitución Política en lo que dicen relación con la justicia constitucional.

En lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, éstos son tratados en el presente Informe de manera distinta a los Informes Anuales anteriores. En este sentido, por una parte, al revisarse la situación de los derechos humanos de los colectivos vulnerables se trata de modo específico el estado de tales derechos respecto de éstos. Por otra parte, este Informe estudia de manera pormenorizada, desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos, la situación del derecho a la seguridad social en la tercera edad, por tratarse de la materia que, en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, posee actualmente la mayor centralidad en el debate público chileno, habiendo sido planteada

en las campañas presidenciales y respecto de la cual se encuentran en estudio una serie de reformas. Por lo mismo, resulta importante estudiar el tema desde la perspectiva de los parámetros de derechos humanos, con frecuencia descuidados o postergados en el debate público.

El Informe también lleva a cabo un seguimiento de la situación de una serie de derechos humanos específicos, estudiándose los principales acontecimientos que han tenido lugar, así como las políticas públicas en ejecución o diseño en relación con tales derechos. De manera sucesiva, se estudian el tratamiento actual de las violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo la dictadura, la libertad de expresión, los derechos humanos de las mujeres, de los indígenas, de los inmigrantes, de las personas que viven con discapacidad y de las minorías sexuales.

* * *

La preparación del Informe fue llevada a cabo por un equipo de investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en el marco de su Programa de Derechos Humanos y Acciones de Interés Público. El estudio sobre condiciones carcelarias tuvo como investigador principal a Álvaro Castro. Martín Besio preparó la sección de dicho estudio acerca de las causas de las vulneraciones de los derechos de las personas privadas de libertad y, en conjunto con Jaime Couso, elaboró también la sección sobre condiciones carcelarias de niños y adolescentes. Ellos contaron con la asesoría y supervisión de Francisco Cox, Mauricio Duce, Cristián Riego y de quien suscribe.

Los capítulos sobre Sistema Judicial y Derechos Humanos y Derecho a la Seguridad Social en la Tercera Edad fueron elaborados por Domingo Lovera, quien, además, en conjunto con quien suscribe, preparó el capítulo sobre libertad de expresión. Lidia Casas elaboró el capítulo sobre verdad y justicia respecto de las violaciones del pasado y el de derechos de las mujeres. El capítulo sobre derechos indígenas fue preparado por Cristián Vistoso en conjunto con Domingo Lovera. Claudia Ahumada, con la asesoría de María Soledad Cisternas, elaboró el capítulo referido a discapacidad. Grace Schmidt redactó el referido a minorías sexuales. Claudia Ahumada y Grace Schmidt prepararon el capítulo sobre derechos de los inmigrantes.

Un equipo formado por Francisco Cox, Cristián Riego y quien suscribe tuvo a su cargo la planificación del presente Informe. Este

equipo revisó también los sucesivos borradores de los capítulos. Quien suscribe efectuó la edición final del Informe.

Además, el Informe se benefició del apoyo de la Secretaria del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Gilda Vera, así como de la colaboración de los estudiantes de la Facultad de Derecho de dicho Centro de Estudios, Arturo Arancibia, Javier Contreras, Leonardo Escárate, Juan Pablo González, Lorena Llanos, Ilan Sandberg y Tábata Santelices.

FELIPE GONZÁLEZ MORALES
Director
Informe Anual Sobre
Derechos Humanos en Chile 2006

Condiciones Carcelarias

I. SEGUIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN ANTERIOR SOBRE CONDICIONES CARCELARIAS

El 13 de julio de 2005 se realizó el lanzamiento del Informe Anual de Derechos Humanos 2005 (Hechos 2004), cuyo capítulo central trató sobre las condiciones penitenciarias en Chile. Como se explicó en la introducción de dicho informe, en el capítulo central se pasó revista a las principales características del sistema carcelario chileno y se describieron las graves deficiencias que presentan las cárceles de nuestro país, que dejan al Estado de Chile en una posición de vulneración de los estándares internacionales de derechos humanos y de las garantías consagradas en la Constitución Política.

La investigación generó gran impacto en la comunidad social. En particular, los hallazgos relativos a la corrupción de gendarmes, apremios, hacinamiento e ineficacia de la rehabilitación. Los contenidos fueron difundidos por importantes medios de comunicación, generando debate sobre la forma de vida de las personas que se encontraban privadas de libertad y sobre la efectividad de la reinserción social de los presos. En efecto, medios de comunicación tanto de la radio, televisión y de la prensa escrita, tales como El Mercurio, La Tercera, La Nación, El Mostrador, Diario Siete, Diario El Sur, Radio W, Radio Horizonte, Chilevisión y CNN realizaron editoriales, reportajes, entrevistas y programas radiales con los investigadores como invitados para debatir, conversar y discutir sobre las condiciones penitenciarias chilenas. En ellos se explicó a la ciudadanía la metodología, los hallazgos más relevantes y las eventuales formas de solución de dicho problema.

Además de la difusión anterior, se realizaron otras publicaciones y se difundió el estudio en eventos académicos. Por ejemplo, en la

revista *Penal y Estado* se publicó un ensayo que habla sobre las conclusiones obtenidas en la investigación, por otra parte los investigadores principales de la misma, Martín Besio y Alvaro Castro, participaron en el Segundo Simposio Nacional de investigación sobre Violencia y Delincuencia 2005, organizada por Fundación Paz Ciudadana y la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales se realizó un curso profundizado para los alumnos de pregrado sobre Ejecución de la pena y derechos humanos.

A continuación enunciaremos las publicaciones que se realizaron en la prensa sobre el Informe Anual de Derechos Humanos anterior:

1. *La Tercera*, 2 de julio de 2005, "Informe revela hacinamiento, torturas y corrupción en cárceles chilenas". Menciona el duro análisis que realiza el estudio sobre la existencia de prácticas de abusos de gendarmes contra internos y de hacinamiento. Además realiza un resumen acerca de las críticas más severas que realiza el informe, el cual se engloba en 13 puntos que giran en torno a las horas que pasan los reos fuera de sus celdas, falta de implementos básicos de higiene en las celdas, una ducha para cien personas, mala calidad de la alimentación, desconocimiento de los reos del reglamento penitenciario, arbitrariedad en la aplicación de sanciones, condición degradante en las celdas de castigo, inexistencia de un sistema idóneo para denunciar abusos, la ocurrencia de peleas con gran violencia entre los internos, falta de vigilancia de los gendarmes durante las riñas, falta de cifra oficial sobre el número de muertes ocurridas dentro de las cárceles, abusos en los allanamientos y excesos en el registro de visitas.
2. *El Mercurio*, 3 de julio de 2005, "La cruda realidad de las cárceles en Chile". Se realiza un adelanto del estudio y se mencionan los problemas relativos a las revisiones vejatorias, consecuencias del hacinamiento, corrupción y otras prácticas irregulares, vigilancia insuficiente, malos tratos y tortura y por último sobre los bajos niveles de atención médica de los recintos penitenciarios chilenos.
3. *La Nación*, 13 de julio de 2005, "Informe Alerta sobre precariedad del sistema penitenciario". La nota resalta que de acuerdo a las conclusiones del informe la reforma a la justicia no ha llegado hasta los penales y más aún si las cárceles presentan deficiencias muy graves, que colocan al Estado Chileno en una posición de vulneración de los estándares internacionales de derechos humanos, así como de las garantías consagradas en la Constitución Política. También se resalta las prácticas de corrupción realizadas por algunos gendarmes.

4. El Mostrador, 13 de julio del 2005, "Sistema Penitenciario destina menos del 1% de los recursos a rehabilitación". La nota resalta lo siguiente: "Torturas, corrupción, hacinamiento e insignificantes recursos destinados a rehabilitación, son algunas de las denuncias que contiene el último estudio sobre la situación de DDHH en Chile. La investigación concluyó con demanda contra Gendarmería, por negar información pública. Profesionales de la UDP se quejan porque nunca supieron cuántos reos han muerto en las cárceles chilenas".
5. La Nación Domingo, semana del 17 al 23 de julio de 2005, "La vida a cuadritos en el sistema penitenciario chileno. Crimen y castigo". Se menciona cómo el informe Anual de DDHH desnuda la precariedad del sistema penitenciario, destacando las denuncias sobre hacinamiento, la nula rehabilitación y la corrupción del sistema. También, se concluye que si bien la cárcel es un castigo muchas veces merecido para quienes son condenados a presidio, en Chile a todas luces resulta un castigo brutal y que quienes reclaman mano dura con los delincuentes simplemente no tienen idea de la situación actual de nuestras cárceles.
6. Diario Siete, 14 de julio de 2005, "La Universidad Diego Portales revela el Infierno de las cárceles chilenas". El reportaje comienza describiendo las siguientes situaciones: "Tome nota de este infierno: una ducha para más de cien reclusos, infecciones y plagas, reos durmiendo en el suelo o en baños y pasillos, tráfico de drogas, alcohol y celulares por parte de gendarmes, torturas y apremios ilegítimos a los internos que incluyen técnicas para ocultar el maltrato". Además mencionan las críticas que el informe realiza a la privatización y a la rehabilitación.
7. El Mercurio, 14 de julio de 2005, "Sistema carcelario: Estudio acusa a Gendarmería de torturas y corrupción". Se hace mención a la investigación y cómo da cuenta de las precarias condiciones de vida y vulneración de derechos de las 38 mil personas reclusas en las distintas cárceles del país, que en total tienen capacidad para 22 mil reclusos, y que sitúan a Chile como el país con la tasa de presos por habitante (238) más alta de América Latina.
8. Diario El Sur, 14 de julio de 2005, "Hacinamiento y Torturas. Dramáticas condiciones se viven en las cárceles". El reportaje resalta que los investigadores tras visitar nueve recintos penales y entrevistar a jueces, defensores, fiscales y presos denuncian la existencia de tratos abusivos a presos, familiares, corrupción del personal y escaso presupuesto para rehabilitación.
9. El Mercurio, 29 de julio de 2005, en su columna de opinión, "La

cárcel: un desafío pendiente". En esta columna de su cuerpo principal que da cuenta de las directrices editoriales se recalca, a propósito del Informe Anual y de otros acontecimientos, la necesidad de una reforma urgente en materia de cárceles.

Impacto del Informe en los Actores del Sistema

El informe además de tener difusión en los medios de comunicación logró generar un debate público sobre la forma en que están viviendo los ciudadanos en las cárceles. Ello contribuyó para que se comprendiera la idea de que las decisiones que se adoptan en el diseño de las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana están estrechamente vinculadas con la forma de vida que tienen las personas sometidas a prisión y que el diseño de dichas políticas no debe obviar o más bien ignorar que los derechos fundamentales continúan vigentes aun en el caso de aquellas personas condenadas a la pena de prisión.

Si bien la polémica no estuvo ausente, la gran mayoría de los actores entrevistados en el transcurso de la preparación del informe actual manifestó la relevancia de la investigación. Entre otros, defensores, jueces de garantía, jueces del crimen y religiosos encargados de la pastoral penitenciaria, apreciaron el aporte del informe.

Por ejemplo, un religioso de la Pastoral Penitenciaria al efecto opinó sobre nuestro informe: *"Creo que son útiles y necesarios, yo creo que tienen un impacto para la jefatura, yo creo que para ellos es un estudio que les conviene. Yo creo que la parte negativa les favorece, por mi experiencia ellos acusan recibo y dentro de las posibilidades se va arreglando, mientras más serios y fundamentados los estudios se recogen"*.

Otro religioso expresó: *"Se ayuda a la sociedad a sensibilizar, por que a la sociedad lo que le interesa es que haya más cárceles y los internos no le interesan, no le interesan las personas que deben ser rehabilitadas, y una de las cosas que necesitamos es sensibilizar a la sociedad. Todos tenemos que asumir nuestro rol y asumir nuestra realidad, todos tenemos responsabilidad por esta situación. Para mí este medio, serio, permite la sensibilización"*.

Un juez de garantía de Santiago, manifiesta: *"A nivel público se devela el tema, permite a los operadores que conozcan el tema, evita el adormecimiento y provoca reacción"*

Otro juez de garantía de Santiago expresó, *"Yo creo que baja el pudor y uno toma ciertas precauciones con lo que va a resolver, yo no puedo variar mis estándares en materia de prisión preventiva, pero sí te hace mucho sentido saber las condiciones a las que vas a enviar a una persona a vivir y esta investigación te lo hace más patente"*.

Como dijimos la polémica también estuvo presente, la cual se produjo en el interior de la Institución de Gendarmería desde dos perspectivas: Desde la jefatura y desde el Gremio de Funcionarios Penitenciarios.

Desde la Jefatura de la Institución, se manifestaron contrarios a las denuncias realizadas por el Informe, tanto el sub director como el Director Nacional de Gendarmería de Chile criticaron la metodología de la investigación y se hicieron cargo a través de los medios de comunicación de las denuncias sobre tortura y corrupción realizadas por el Informe.

En efecto, José Pablo Lagos, sub director de la institución sobre el informe en el diario El Mostrador¹ declaró: “El informe es parcial y sólo destaca lo negativo. No recoge otras experiencias que son necesarias de conocer, que son el resultado del esfuerzo, del trabajo y de las distintas iniciativas que se están realizando para subsanar todos aquellos problemas que el informe señala”

Sobre las denuncias de apremios ilegítimos a los reos contestó: “De acuerdo a las definiciones que yo conozco de tortura, diría que éstas no se producen al interior de los penales. Ahora, indudablemente a veces por motivos de seguridad hay que realizar ciertas revisiones... Estamos con población condenada, con gente que ha cometido delitos y, por lo tanto, también requieren de ciertos tratos y medidas que se realizan en todo el mundo, por lo que hablar de torturas creo que es demasiado fuerte”. Luego continúa, “A ver. A nosotros nos toca trabajar con gente que ha cometido delitos, y responder frente a las mismas víctimas, por lo tanto, obviamente que tenemos que otorgarle la tranquilidad a la ciudadanía que efectivamente esas personas van a quedar resguardadas por el tiempo que los tribunales lo establezcan, ajustados a las normas y a las leyes”.

Sobre el rol rehabilitador el subdirector opinó: “Es un tema muy complejo de explicar. Pero hay que entender que no nos pueden pedir que la institución se haga cargo de todas las dificultades que ha tenido una persona en su vida, y que se las resolvamos mientras cumple su pena. Es conocido el costo que tiene un programa de rehabilitación en drogas, en alcohol, por lo que tratamos de contribuir a que sus problemas no se profundicen. En algunos casos lo hemos logrado, y es lamentable que el informe no lo recoja. Muchos han aprendido oficios y han reconstruido sus vidas tras pasar por un recinto penal”. Sobre los recursos destinados a este rol explica: “Ellos

¹ El Mostrador.cl, 17 de julio de 2005, “Gendarmería responde ante denuncias”.

no consideran los otros recursos que ingresan a través de concursos regionales, con los cuales se incrementan los esfuerzos de rehabilitación, porque ellos sólo miran el presupuesto general, pero no hay consideración a otra serie de actividades y fuentes de financiamiento”.

A su turno, Jorge del Canto, Director Nacional de Gendarmería, en la Nación Domingo², expresó: “No descalifico el Informe de la UDP, me parece una opinión válida, externa a la Institución. En democracia, todos podemos emitir opiniones, con respeto y rigurosidad, y yo creo que el informe carece de esa rigurosidad. Tú me dices: ¿existe el hacinamiento? Claro que existe. ¿Existe el deterioro de infraestructura? Claro que sí. Por eso estamos trabajando. No quiero discutir el informe. A mí me sirve, pero sólo como una opinión, pues no es representativa de lo que pasa en las cárceles. No habla de los convenios, de los reglamentos, ni de todo el trabajo que estamos haciendo para respetar los derechos humanos”. Luego continúa, “No desconocemos el hacinamiento ni la mala infraestructura, pero tampoco estamos en el caos, ni es verdad que no se apliquen la ley o los reglamentos. Las cárceles no pueden ser lugares de castigo, sino centros de reclusión, pero tampoco pueden ser internados”.

Sobre los maltratos expresó: “Mire: ante un motín, yo voy a susentar a todos mis funcionarios; pero ante un exceso, claramente, voy a sancionar. De hecho, ante cualquier duda siempre alejamos al personal de sus funciones. Es una política. Porque aquí los que tienen que ser profesionales somos nosotros, los que deben tener criterios somos nosotros. Los maltratos, como el de toallas mojadas, están en la imaginación. Aquí existen normas y éstas se deben cumplir. Es verdad que no estamos exentos de excesos, pero son controlados”. Más adelante formuló: “Me gustaría señalar qué significa la crisis del sistema penitenciario. El deterioro de las cárceles, el hacinamiento, etcétera, son problemas que afectan a todos los países del mundo. Entonces, no es sólo una cosa nuestra. Otros países han desarrollado amplios regímenes de libertades masivas, pero en Chile eso es difícil de hacer porque hay restricciones, desde la propia ley, para aplicar estos regímenes”.

² La Nación Domingo, Semana del 31 de julio al 6 de agosto de 2005, “Los maltratos están en la imaginación”. El mandamás de las cárceles sale en defensa del sistema penitenciario chileno. Un informe reciente sobre derechos humanos de la Universidad Diego Portales (UDP) denunció el hacinamiento, los maltratos y vejámenes que sufren día a día los presos de nuestro país.

Referente al trato que se les da a las visitas, señaló: “La revisión a las visitas es denigrante, lo reconozco. Pero también es cierto que hemos detectado una cantidad increíble de elementos prohibidos en cavidades corporales: paquetes de droga en anos o vaginas. Tenemos cada vez más tecnologías al servicio de la revisión, pero por denigrante que sea, la inspección táctil aún es necesaria, pues yo tengo que privilegiar la seguridad. Entonces, hay dos caminos: o reviso a las visitas o reviso a los internos. No hay otra forma”.

Además, en el interior de la institución penitenciaria se generaron movimientos gremiales tendientes a no sólo enfrentar lo que ellos denominaron la crisis por la que pasa la institución, sino además a dar propuestas concretas para cambiar tanto la organización y la visión que la ciudadanía tiene de ellos. Se trata de las solicitudes que la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios ha entregado a las autoridades para cambiar la imagen que la ciudadanía tiene de dicha profesión, pero, como ellos explicaron a los investigadores del presente informe sólo son oídos y tomados en cuenta cuando hay una fuga masiva o importante.

Se podría ilustrar como conclusión de este debate la columna de opinión del diario El Mercurio del día 29 de julio del 2005, que resaltó la necesidad de “atención urgente. Chile tiene una relación relativamente alta entre sus habitantes y número de presos, y es usual que la delincuencia necesita más “mano dura”, entendiéndose por tal más cárcel. Hay costos enormes asociados a esta estrategia que, a la luz de la alta tasa de reincidencia, tiene beneficios muy inciertos. Por eso la cárcel, debería ser la última medida posible, concentrándose los recursos en prevención y rehabilitación. Además, desde el punto de vista de los derechos básicos, el marco regulatorio de las prisiones debería fijarse por ley y no, como ahora, por mera decisión administrativa”.

Validación de la Metodología

Como ya expresamos más arriba, la investigación fue objeto de duras críticas por parte de la Jefatura de Gendarmería, la cual cuestionaba la efectividad de las denuncias por el método que se empleó. Como se sabe, y fue explicado en su oportunidad, el método del Capítulo Central descansó en tres grandes fuentes: la visita a recintos penitenciarios a que tuvimos acceso a lo largo del país y las entrevistas que sostuvimos con reclusos de cada uno de tales penas; las entrevistas e información entregada por diferentes actores del sistema penal –jueces, defensores, fiscales, gendarmes, etc.– y la

información contenida en estudios, boletines, informes y otras publicaciones de instituciones tanto privadas como públicas en relación a la materia.

Sin embargo, dichas críticas carecen de sustento, puesto que es común que las investigaciones sobre derechos humanos empleen una metodología de tipo cualitativo denominada etnográfica. En efecto, esta metodología permite hacer un seguimiento a la forma de vida de los sujetos que son objeto de estudio, en este caso, de los presos o imputados que viven dentro de una prisión. Además, esta metodología no se limita a recoger declaraciones u opiniones, sino que conjuga diferentes perspectivas y fuentes de información. Por ejemplo, las entrevistas con los jueces, defensores y fiscales de las respectivas zonas y la utilización de otras fuentes de investigación como son, entre otras, las elaboradas por Paz Ciudadana, Codepu, Confapreco.

La recolección de la información para el Informe anterior se realizó durante los meses de junio a diciembre del 2004 y, en términos específicos, el trabajo de las entrevistas en profundidad a los actores del sistema se realizó con conocimiento por parte de ellos de los objetivos de la investigación, y las preguntas que les eran formuladas formaban parte de un cuestionario tipo elaborado previamente para cada actor. A su turno, el análisis de la información recogida implicó un proceso de análisis, seguimiento, síntesis de la información y comentarios permanentes de académicos asesores. De hecho, sólo constan en la investigación hallazgos reiterados en los penales visitados, lo que implicó que los acontecimientos aislados no fueran recogidos en el Informe. De esta forma, se consolida toda la información de los 58 reclusos, 10 gendarmes, 7 fiscales, 3 jueces del crimen, 1 Ministro de Corte de Apelación, 8 jueces de garantía, 3 abogados especialistas en menores y 3 postulantes de la Corporación de Asistencia Judicial.

Debe además tenerse presente el contexto en el que se desarrolló la investigación, el cual fue de un limitado acceso a la información. Se trata de que la información solicitada a las instituciones estatales, como lo son el Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile no se entregó. Incluso el acceso a los recintos penitenciarios se logró en algunas ocasiones gracias a la colaboración de la Defensoría Penal Pública.

Y por último, debe atenderse al contexto en que viven los presos e imputados dentro de la cárcel, donde cualquier denuncia realizada sin reserva puede implicar represalias de varios tipos, tales como suspensión de beneficios, aplicación arbitraria de castigos e incluso golpizas, además de ser catalogado por sus pares como un soplón. De ahí entonces la necesidad de proteger su identidad.

No obstante lo anterior, en la preparación del presente informe los investigadores consultaron a los actores que entrevistaron su opinión sobre las denuncias realizadas en el informe, de hecho de los 10 jueces de garantía de Santiago entrevistados, todos ellos con experiencia en las regiones, un defensor regional y abogados de Confapreco reconocen que si bien no hay una política Institucional al respecto, las denuncias contenidas en el Informe son ciertas.

En el mismo orden de cosas, una investigación elaborada por la Defensoría Penal Pública en el transcurso del 2005, arrojó como resultado que en siete regiones del país un 59.1% ha sido víctima de maltrato o ataque siendo otro interno los agresores y en un 34% se indica a funcionarios de Gendarmería.

Y en cuanto a los castigos recibidos un 34,2% declara haber sido castigado. De éstos un 89,4% han recibido el encierro como castigo, un 11,3% la restricción de visitas. El castigo físico habría afectado a un 17% de la población penal, mientras que un 6,3% habría recibido castigos físicos calificables como "torturas". La mayoría de los motivos de estos castigos son conflictos con otros internos (33%) y conflictos con funcionarios un (23,3%)³.

Cambios ocurridos en materia de condiciones carcelarias en el 2005

Si bien la investigación logró generar un debate público sobre la forma en que están viviendo las personas privadas de libertad, no se apreció en el transcurso del 2005 cambios significativos en materia de Condiciones Carcelarias; de hecho, a través de la prensa y de entrevistas realizadas por los investigadores hemos podido constatar que siguieron materializándose los mismos fenómenos denunciados en el informe anterior.

En lo que sigue, daremos cuenta de aquellos acontecimientos negativos desde el punto de vista de las condiciones carcelarias y también algunos avances que se detectaron en el transcurso del 2005.

- **Aspectos negativos. Vulneración de los derechos de los presos e imputados verificados en el 2005**

- a) *Hacinamiento*

- a.1) En el mes de marzo del 2005 120 detenidos en el Centro CDP Sur de Santiago ("Penitenciaría") han debido pernoctar a la intem-

³ Fuente, Defensoría Penal Pública.

perie en el sector de la calle 6, toda vez que dicha dependencia no cuenta con las celdas necesarias para albergar la cantidad de reclusos que la habitan –alrededor de 400–, de los que tienen acceso a celda sólo unos 280 internos que se distribuyen en 38 celdas. Lo mismo ocurriría en las calles 4, 9, 10 y 14, la última de ellas destinada a personas detenidas, siendo un total aproximado de 600 reclusos en el Penal los que deben dormir en esas condiciones. Esta situación, según Confapreco, fue conocida por el Presidente de la República el 30 de marzo de 2005, mediante documento que se le hizo llegar; que lo propio ocurrió con el señor Ministro de Justicia, y respecto del Director Nacional de Gendarmería, fue informado el día 29 de marzo, señalando que ninguna de estas autoridades han tomado cartas en el asunto.

Sobre este hecho, Confapreco interpuso un recurso de protección, el cual fue rechazado por ser interpuesto fuera del plazo legal, entre otros la Corte de Apelación argumentó:

“La extemporaneidad del recurso la fundan en que los recurrentes han tenido conocimiento cierto de la omisión que reclaman con mucha antelación a su interposición el 29 y 30 de marzo de 2005 y el recurso se presentó el 17 de mayo–, cuando puso en conocimiento de la autoridad administrativa la situación sufrida por el interno (s), pues el plazo se cuenta desde la comisión o conocimiento del acto u omisión y no desde la fecha en que producen sus efectos. La falta de legitimación activa, en que la existencia del derecho como su violación deben estar referidos a una persona determinada y que no corresponde alzarse en términos vagos o imprecisos, sin tener facultad legal para ello, lo que sucedería en este caso en que se solicita amparo respecto de personas que no se individualizan en forma concreta y específica (otros 600 reclusos del citado penal), cumpliéndose esta exigencia sólo respecto de un interno. La inexistencia de una omisión ilegal la fundan en que no se dan los presupuestos de procedencia de la actividad ilícita de la administración, ya que aparte que no se señala con precisión el acto u omisión de la autoridad que les afectaría, la falta de infraestructura o las precarias condiciones que se señalan no son imputables a los recurridos (El déficit acumulado de arrastre comprende varios Gobiernos y su superación comprometerá a otros más, fojas 58) ni se ha incumplido un deber jurídico de acción”.

Este fallo reitera la tendencia de las decisiones jurisprudenciales de las Cortes de Apelaciones en materia de condiciones carcelarias, de centrarse con excesivo celo en aspectos formales y no resolver el

problema de fondo que se plantea. En particular, se aprecia la forma como se ha contabilizado el plazo por la Corte que es absolutamente errónea al encontrarnos con una lesión de los derechos fundamentales que es continua en el tiempo, de ahí que el momento en que se tuvo conocimiento de los hechos que la originan sea irrelevante⁴.

Según un estudio empírico sobre la eficacia de los recursos de amparo y protección en materia de condiciones carcelarias, el funcionamiento práctico de estas acciones constitucionales es deficitario. Por ejemplo, de 459 recursos tramitados en las Cortes de Santiago y San Miguel en los años 2000-2002, un 60.8% fue declarado admisible, un 33.6% no admisible y un 5.7% no se sometió a tramitación. Ahora bien, de los declarados admisibles, el 89.6% se rechazó y sólo un 8.6% de los recursos fue acogido⁵.

Según la investigación antes mencionada se pudo apreciar la falta de confianza de los ministros de cortes en los hechos denunciados por personas privadas de libertad, además de un formalismo excesivo que impide lograr una real protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. De allí que se concluye que en lo referido a recursos de amparo y protección “existe una situación de absoluta desprotección legal para las personas privadas de su libertad. Para estos ciudadanos, quienes además no cuentan con recursos financieros suficientes para costear los honorarios de un abogado, sus posibilidades de acceder a la justicia son nulas”⁶.

a.2) En noviembre del 2005 en la Cárcel de San Miguel se fusionaron las torres 3 y 4, con lo cual, además del hacinamiento evidente, se ha generado gran número de lesionados y peleas entre internos. Se trata de que entre los presos de las torres existía rivalidad, la cual, se arrastraba en la mayoría de los casos por problemas de la calle entre los reclusos, con lo cual al fusionarse las dos torres se han generado gran número de peleas, venganzas y lesionados.

Además esta situación ha generado dos dinámicas, la primera que el ingreso de antimotines a la torre se ha tornado habitual, generándose con ello abusos por parte de Gendarmes que golpean a cualquier interno, haya o no tenido participación en las peleas. Para

⁴ Véase Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, op.cit. pág 28 y sges. Y Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile, CEJIL y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002.

⁵ Stippel Jorg; El Sistema Penitenciario Chileno y el Acceso a la Justicia. Resultados de un estudio jurídico-empírico, Publicado en la Revista Pena y estado, N°6, año 6, Cárceles, pág 124.

⁶ Stippel, Jorg, op cit. pág124.

los postulantes de la Corporación de Asistencia Judicial este es un hecho grave que se explica por la lógica que aplica antimotines, cual es, que si se porta uno mal paga todo el piso.

Y la segunda dinámica alude a que la solicitud de cambio de torre y de penal se haya transformado en una constante. En efecto, los postulantes de la Corporación de Asistencia Judicial entrevistados nos informaron que esto también ha generado que Gendarmes amenacen a los internos para que no pidan cambio de torre.

Un postulante al respecto nos explicó: *“Las peticiones de cambio de torre y de penal ahora son muchas y debemos gestionarlas con discreción con el magistrado porque si se enteran los funcionarios a cargo de la guardia de patio amenazan a los internos”*.

b) Falta de atención médica

En el transcurso del 2005, en la Décima Región, en la cárcel de Chin Chin, un interno agravó su estado de salud por no recibir atención médica oportuna en el recinto penitenciario. Se trata de un interno de 39 años, quién está internado en la Unidad de cuidados intensivos del Hospital Base, el cual se encuentra en estado de gravedad producto de una meningitis bacteriana y recuperándose de un coma barbitúrico. De hecho familiares del paciente, manifestaron que el recluso habría sido golpeado en la Unidad Penal, además de no haber tenido la adecuada atención médica, tanto en Chin Chin como en el Hospital Base. La familia responsabiliza a un mayor y a una teniente de Gendarmería de los malos tratos y denuncia que otros internos no hablarán por temor a las represalias.

c) Acceso a la información sobre muertes y tortura

Como lo explicamos en el informe anterior, determinar el número de muertes es una cuestión difícil, ya que no existen cifras institucionales al respecto. Sin embargo, según Confapreco, en el transcurso del 2004 en el área Metropolitana fallecieron 23 internos. En el cuadro que sigue se acompañan las razones:

Causa	Número de muertes
Riñas	13
Suicidio	2
Intoxicación con “pájaro verde”	2
VIH	1
Sin motivo	5
Total	23

En el transcurso del 2005, desde el punto de vista del acceso a la información, la situación no varió. Sí se produjo un cambio en el número de personas muertas, las que según Confapreco ascendieron a 41. Para dicha organización este aumento es un reflejo de la extrema situación en que se encuentran actualmente las personas privadas de libertad en nuestro país.

Ahora bien, en la prensa se cubrieron dos muertes: una en el penal de la ciudad de La Serena y otro en la ciudad de Santa Cruz. Con respecto a la muerte del penal de Santa Cruz los investigadores de este Informe entrevistaron a uno de los internos que presencié lo sucedido.

- **Muerte de un recluso en el penal de Santa Cruz.**

Según fuentes periodísticas, el contexto en que se originó la muerte de Adrián Orlando Fuentes, de 28 años de edad, fue un motín iniciado por 7 reclusas, quienes quemaron colchonetas y gritaron a viva voz desde el techo del recinto que querían ser trasladadas a un recinto de la ciudad de Rancagua. Al lugar se trasladó el Director Regional de Gendarmería, Coronel Héctor Marselain, para dialogar con los manifestantes, sin obtener resultados positivos, en vista de lo cual actuó el personal de antimotines para reprimir a los reclusos⁷.

Gendarmería informó que hubo tres internos heridos y un interno muerto. A su turno, el Fiscal Carlos Muñoz señaló que el interno habría muerto producto de un paro cardíaco, a raíz de que se lanzaron bombas lacrimógenas al interior del penal.

Investigadores del presente informe lograron entrevistar a uno de los reclusos que presencié la muerte del interno, el cual explicó referente al motivo del motín que fue originado por las mujeres presas, las cuales presenciaron cómo unos funcionarios golpeaban a los menores detenidos en ese centro carcelario, razón por la cual se alzaron:

“Estaba tomando mate en mi pieza, cuando escuchamos los gritos de las mujeres. Ellas empezaron el motín, los pacos les estaban pegando a unos cabros chicos detenidos en la cárcel y las mujeres reclamaron porque lo vieron todo. Y nosotros nos unimos”.

En particular, sobre la muerte del interno, el preso entrevistado relató que ingresó antimotines golpeando a todos los presos y cuando se logró mantener el control se obligó a todos los internos a desnu-

⁷ El Mercurio, 29 de noviembre de 2005

darse y hacer una fila, agregando que conocía al recluso fallecido porque vivía en su misma pieza y estaba unos pocos metros en la fila atrás de él. Antimotines aplicó como venganza el “Callejón oscuro”, consistente en hacer correr a los internos entre una fila de funcionarios que los golpean con palos y pies. Cuando le tocó el turno al interno Adrian Orlando Fuentes, uno de los palos se quebró en su cabeza, logrando avanzar dos metros después de terminado el callejón oscuro, lugar donde se desplomó.

“Hicieron el callejón oscuro y mientras pasábamos en pelota nos pegaban patás y palos donde cayeran. Mi compañero que murió pasó y le rompieron un palo en la cabeza y cuando avanzó un resto se cayó y no se paró más”.

- En agosto del 2005 en el Penal de La Serena murió un interno tras producirse una riña al interior del colectivo N°3 del Centro de Cumplimiento Penitenciario, donde habrían estado involucrados un grupo aproximado de 30 reclusos, miembros de dos pandillas rivales. Extraoficialmente se informó que el enfrentamiento sería por un ajuste de cuentas, presumiblemente por un tema de drogas. Como resultado de aquello, el interno recibió múltiples heridas cortopunzantes y penetrantes en cuello, tórax y abdomen, que le provocaron la muerte en el Servicio de Urgencia del Hospital local, adonde había sido trasladado⁸.

d) Fugas

Según cifras de Gendarmería, durante la última década ha debido enfrentar un promedio anual de 50 casos de fugas de reos desde dentro y fuera de las cárceles del país. Cerca del 70% se registran en los Penales, traslados a tribunales y Juzgados de la Zona Centro-Sur de Chile. Tales situaciones ocurren también con ocasión de los permisos para ir al cementerio o de atenciones hospitalarias externas a los penales⁹.

Ello ratifica la afirmación entregada en el Informe Anual anterior, en el sentido de que existe un número de fugas que no son detectadas por la prensa, por lo cual, afirmábamos en aquella oportunidad que “es posible estimar la existencia de un número mayor de fugas que la anteriormente presentada” que fue de 32 fugados entre los años 2003 y 2004¹⁰.

⁸ *El Mercurio*, 28 de agosto de 2005

⁹ *El Mercurio*, 4 de agosto de 2005

¹⁰ Ver Informe Derechos Humanos 2005, pp 96.

Como ejemplo de lo anterior, los medios de comunicación de difusión nacional en el transcurso del 2005 sólo cubrieron cuatro fugas:

- a) 4 de agosto de 2005. Fuga a plena luz del día del violador de Reñaca de la Cárcel de Alta Seguridad de Valparaíso.
- b) 28 de septiembre de 2005. Tres reclusas escaparon del anexo femenino de la cárcel de Temuco, que evadieron la vigilancia y alcanzaron la calle a través de un forado en el techo.
- c) 31 de octubre de 2005. Dos presos se fugan de la Cárcel de Alta Seguridad de Acha (Arica). Los internos se fugaron vestidos con los uniformes de Gendarmes y las autoridades del recinto se percataron de la fuga al realizar la cuenta previa al encierro.
- d) 18 de diciembre de 2005. La fuga ocurrió en la Cárcel de Temuco, apenas iniciada la visita dominical, a las 14 horas, cuando los internos recibían la visita de sus familiares en el gimnasio de esa unidad penal. Ambos internos rompieron parte de la estructura metálica del techo del gimnasio y se descolgaron hacia la calle Las Heras, empleando un par de sábanas anudadas.

- **Aspectos Positivos ocurridos en el transcurso del 2005 en materia de condiciones carcelarias.**

Sentencia dictada contra un Alcaide por golpear a un interno

El Alcaide del Centro Penitenciario de Lautaro fue condenado en el juicio oral de 8 de octubre de 2005 por el delito de apremios ilegítimos sancionado en el artículo 150-A inciso 1° del Código Penal, en el cual le correspondió participación en calidad de autor.

De acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia del juicio oral lo que ocurrió fue lo siguiente:

- a) La víctima, Wilson Eduardo Salazar Alarcón, interno rematado, que se encontraba cumpliendo condena por el delito de robo con violencia en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Imperial, solicitó su traslado a la Unidad Penal de Villarrica, petición que fue desestimada. Como una forma de presionar se declaró en huelga de hambre líquida, que derivó en seca y cosió sus labios con hilo.
- b) La señalada Unidad Penal, en castigo por su conducta, le aplicó la medida disciplinaria de 15 días de incomunicación, que debía cumplir en celda de aislamiento, sanción que no le fue notificada en el acto.
- c) En horas de la tarde del 23 de diciembre de 2004, por orden del Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Im-

- perial, autorizada por la Dirección Regional de Gendarmería IX Región, se dispuso el traslado del interno a la Unidad Penal de Lautaro, a cargo del Alcaide 1ero Tito Humberto Barriga Chacón, a donde llegó alrededor de las 17.25 horas engrillado de pies y manos.
- d) En el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Lautaro, una vez recepcionado y aún con las medidas de seguridad impuestas, fue insultado por el Alcaide; como el interno no pudo contestar pues tenía su boca cosida, el Alcaide le dio un golpe con su mano extendida en el lado izquierdo de su cara a la altura del oído, que lo hizo caer. Estando en el suelo, fue agredido por éste y otros Gendarmes mediante golpes de puños, pies, bastones y fierro, resultando con lesiones en su espalda, siendo levantado y conducido a la Guardia Interna.
 - e) En dicha sección, el Alcaide ordenó al Teniente Wandersleven que le cortaran al interno los hilos de la boca, orden que éste derivó en un funcionario, para lo cual le pasó una tijera de escritorio color rojo, causando un natural sangramiento al retirarse los hilos por otro vigilante.
 - f) En seguida, fue conducido a Estadística, donde fue ingresado, se le tomó fotos y se le notificó de la medida disciplinaria dictada en su contra. Acto seguido fue conducido a una celda de aislamiento para el cumplimiento del castigo impuesto.
 - g) Mientras permaneció en la celda de aislamiento, sólo fue examinado en el Hospital de Lautaro por los Doctores Claudia Torres Cabrera y Mauricio Droguett Sáez, comprobando el último que tenía lesiones en su espalda con un tiempo de producción entre 15 a 20 ó 21 días, causadas por elementos romos, pudiendo ser puños o golpes de pies.
 - h) Estos hechos fueron denunciados por el afectado al Juzgado de Letras de Lautaro y por los funcionarios del Sindicato de Gendarmes al Seremi de Justicia, quien se comunicó con la señora Directora Regional de Gendarmería, la que dispuso la instrucción de una investigación administrativa que fue controlada por el Alcaide, pues ordenó a algunos funcionarios que firmaran una declaración pre-hecha, la que terminó sin cargos, por lo que se dispuso una nueva investigación que se encuentra en su etapa final, la que recomendó medidas en contra del imputado.
 - i) que, el imputado reviste la calidad de empleado público, debido a que desempeña el cargo de Alcaide en Gendarmería de Chile, que es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia y por cuya labor percibe una remuneración fiscal.

II. PROBLEMAS RESPECTO DE LAS CÁRCELES CONCESIONADAS

Como explicamos en el Informe Anual anterior¹¹, la construcción de más cárceles es una de las políticas diseñadas por parte del Estado con miras a lograr el descongestionamiento de la población penitenciaria. En particular, esta consiste en la construcción de 10 nuevos recintos penales, los cuales deben cumplir con condiciones específicas de infraestructura, de equipamiento y, en general, de calidad en la prestación de los servicios asociados a las necesidades de la población penal.

Durante el transcurso del 2005 pudimos constatar una serie de falencias en la implementación de esta política, las cuales ponen en peligro la materialización de los objetivos que se pretende lograr. Se trata de conflictos tales como problemas con los términos y condiciones de los contratos de concesión; demoras en las entregas e incumplimientos de plazos y problemas con el nuevo sistema adoptado, el cual no sería más barato que el antiguo.

Estas falencias son especialmente preocupantes al presentarse en un contexto de grave hacinamiento carcelario en el país, existiendo actualmente más de 39.000 personas reclusas en una infraestructura apta para albergar sólo a 24.000, con un incremento de la población reclusa de alrededor de un 8% anual. Además, estas falencias siembran dudas respecto del real alcance de los objetivos que se pretenden lograr con esta política.

Seguidamente estudiaremos las deficiencias señaladas, explicando además el origen de la privatización a nivel internacional y los conflictos que se han manifestado en los países que la han implementado.

Por último, debemos señalar que la preparación de esta sección no ha estado exenta de problemas, puesto que existe escasa información sobre las deficiencias que se han producido en la construcción de las nuevas cárceles, ya que tanto el gobierno como las empresas privadas que han participado en ella han manejado con absoluta cautela los errores, defectos y litigios judiciales que se han producido en el transcurso del 2005.

¹¹ Ver, Informe Anual de Derechos Humanos 2005 (Hechos 2004), p.124

1. Privatizaciones: origen histórico y sistema adoptado por Chile

Una de las particularidades de la política de construcción de más cárceles en Chile es que incorpora la participación de privados, los cuales comprometen su participación en la construcción y explotación de los penales. Esta política se ha venido implementando desde antiguo en el extranjero¹², a través de distintas modalidades, tales como los derechos de carcelaje, las cárceles de corrección, la deportación y las figuras de leasing, las cuales se explican a continuación:

- i) Derechos de carcelaje: Método implementado en Inglaterra en el siglo XIII, en virtud del cual los sheriffs arrendaban los servicios de carceleros y trasladaban los costes al erario público, con la pretensión de sustraerse de tal responsabilidad, otorgando, a su turno, el derecho de administrar las cárceles a ciudadanos con intereses privados, cediéndoles, a cambio una porción de tierra u honorarios.

Además los conceptos de pago en aquellas prisiones permitieron en muchas ocasiones que el carcelero les exigiera a los internos determinadas cuantías por el solo ingreso en el establecimiento, por sujetarles los grilletes, por quitárselos, por asirse, por desasirse, por encerrarlos en determinadas habitaciones de la cárcel, por un lugar para el descanso o por entregarles copias de sus papeles legales .

- ii) Cárceles de corrección (Workhouses), surgidas en los Países Bajos y en Inglaterra, que servían para cumplir medidas cautelares para asegurar la disponibilidad del reo a los fines del juicio. Estaba a cargo de la dirección y administración el Keeper o carcelero administrador, el cual recibía un pago del erario público y tenía por función el corregir moralmente y poner a trabajar a los internos.

El carácter privado además se manifestaba en la medida de que éste tipo de cárceles podía ser utilizada como medida de exclusión, pudiendo ser utilizada como instrumento selectivo de personas que eran confinadas allí por sus familiares. La idea, es que previa autorización judicial, un padre o tutor podía enviar a esos recintos a su hijo o persona a su cargo para que fuera corregido en dicho lugar.

- iii) La deportación: debe relacionarse con los navíos y pontones, que eran transportes destinados a la deportación de condenados y

¹² Ver, Sanz Delgado; "Las Prisiones Privadas: La Participación Privada en la Ejecución Penitenciaria"; Edisofer; 2000. pp 31.

verdaderas prisiones flotantes, de ordinario de propiedad de contratistas privados que, surcando aguas marítimas y fluviales, recibían el encargo de la labor de custodia y de traslación de reclusos hacia otros emplazamientos.

De esta forma, muchos de aquellos encontrados culpables de delitos capitales, eran sólo nominalmente sentenciados a muerte, siendo en los hechos puestos en manos de contratistas privados que emprendían su traslado a través del Océano hacia las colonias, donde vendían a los reclusos como esclavos.

En efecto, entre 1654 y 1679, aproximadamente 10.000 personas fueron enviadas desde Inglaterra a las colonias en Estados Unidos, quedando esta practica reflejada en el derecho que tenía todo condenado de escapar a su ejecución.

- iv) El Lease System, implementado en Estados Unidos en el siglo XIX, consistió en que un contratista privado convenía con el Estado hacerse cargo del trabajo exterior de los presos, pudiendo, en algunos casos, llegar a operar la prisión en todos sus aspectos, constituyendo la más clara manifestación de la inserción privada en el mundo penitenciario, especialmente tras la Guerra Civil, presentándose como el sistema más utilizado por los Estados, en especial los del Sur.

El mecanismo consistía en que un sujeto privado –que podía ser persona individual o corporación– convenía con el Estado o alguna autoridad pública mediante contrato, el desempeño de labores tales como alojar, alimentar, vestir y vigilar a los reclusos a cambio de usar el trabajo de ellos. Así, los contratistas podían emplear a los presos en la forma que ellos eligieran, o incluso subcontratarlos a otros empresarios.

- **Modelos de Participación de Capitales Privados en el financiamiento de Centros Penitenciarios**

Diversas son las formas en que los privados pueden intervenir en la ejecución de la pena. Básicamente esta participación dependerá del sistema que el país adopte. De la experiencia comparada, es posible distinguir tres modelos de participación de capitales privados en el financiamiento de proyectos de esta naturaleza¹³:

¹³ Arellano, Jaime, "Reforma Penitenciaria: El Caso del programa de Concesiones en Infraestructura Penitenciaria en Chile", En Justicia y Gobernabilidad Democrática del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Ministerio de Justicia de Chile, pp. 59-60.

Modelos	Consisten	Países que lo han implementado
Sistema Leasing	Las empresas adjudicatarias diseñan, construyen y equipan a su riesgo, con capitales propios o aportados por terceros, abonando luego el Estado un canon cuando haya tomado posesión de las instalaciones, siendo el inmueble de propiedad del privado hasta el pago de la última cuota por parte del Fisco, momento en que recién se adquiere el dominio por éste.	Argentina, Brasil
Sistema de la Privatización	Se delega en forma absoluta la administración del sistema penitenciario al privado, estableciendo el Estado un control externo que regule los estándares mínimos de manejo.	EE.UU., Inglaterra
Sistema Mixto	El Estado delega al sector privado parte de las tareas que actualmente ejecuta, manteniendo las facultades de vigilar y castigar.	Francia, Chile

En el caso de Chile, por diversas razones, los dos primeros sistemas no fueron adoptados. En concreto el sistema Leasing, no satisfacía un interés relevante, cual es, que no permitía relacionar directamente la construcción con la operación del recinto y además conllevaba la dificultad de celebrar dos contratos distintos, uno de construcción y otro de operación, por lo cual el incentivo buscado no se obtenía¹⁴. Por otro lado, el sistema de la privatización hubiera implicado dejar en manos de los privados todas las dimensiones de la ejecución de la pena, cuestión imposible de permitir toda vez que existen labores, como las de vigilar, que sólo le competen al Estado y que exigirían de una reforma constitucional para delegarla.

El sistema adoptado por Chile para incorporar a los privados en la construcción de las cárceles fue el de la concesión. La experien-

¹⁴ De igual forma, explica, no era posible amarrar la etapa de diseño del recinto con la de su operación, ya que al tratarse de contratos distintos se impedía captar los potenciales beneficios de tener un diseño pensado por quién está destinado a operar el establecimiento. Ver, Arellano, Jaime, op. cit, p. 60.

cia¹⁵ y legislación que el país poseía en el tema la hicieron la fórmula preferida. Además, ella permitía lograr fácilmente uno de los objetivos que se deseaba alcanzar, cual era, que los privados pudieran participar, no sólo en la construcción, sino además en la gestión misma de las cárceles. Y también, el contrato de concesión presentaba un incentivo no menor, al no implicar formalmente una deuda para el Estado, lo que beneficia las cuentas de los estados financieros¹⁶.

En particular los contratos del sistema chileno de concesiones son del tipo Build, Operate and Transfer (B.O.T) y consisten en comprometer la participación del privado en la construcción y explotación de la obra pública para que una vez finalizado el plazo de concesión, el concesionario entregue dicha obra al Estado y éste lo concesione nuevamente. Bajo este esquema se genera una particularidad adicional, que se refiere a la fuente de los ingresos que recibirá el concesionario, puesto que, en términos generales, ellos provienen del pago de tarifas por los usuarios. En cambio, en el contrato de concesión de infraestructura penitenciaria los ingresos provienen del Estado, en particular de subsidios escalonados en el tiempo, con factores tanto fijos como variables que van determinando la remuneración a percibir a lo largo del período de concesión, al término del cual el Estado puede retomar completamente la administración o volver a concesionarla¹⁷.

2. Particularidades del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Chileno

El programa implementado en Chile contempla la construcción de 10 nuevos recintos penales, en distintas regiones del país, con una capacidad que oscila entre 1.300 y 2.000 internos cada uno. En concreto, el programa supone la creación de 16.000 plazas y más de

¹⁵ Chile desde 1991 ha realizado un importante número de obras viales utilizando la figura de la concesión.

¹⁶ No obstante lo anterior, debieron realizarse algunas modificaciones, debido a que existen algunas facultades que sólo puede ejercer el Estado en cuanto tal, como es la facultad de restringir los derechos de las personas. De manera tal que se diseñó un procedimiento en el cual Gendarmería continuaría con su facultad de mantener privadas de libertad a las personas que fueran condenadas a dicha pena por los tribunales, pero al mismo tiempo, se permite a los privados participar en algunos aspectos. Con todo, la administración y la vigilancia de los nuevos recintos quedó entregada a Gendarmería de Chile y el diseño, financiamiento, construcción, mantenimiento y las prestaciones de los servicios penitenciarios quedaría a cargo de los privados. Ver, Arellano, op.cit, p 63 y sgtes..

¹⁷ Ver, Arellano, Jaime, op cit pp 61.

350.000 metros cuadrados de construcción, los que deben levantarse en cuatro etapas. La inversión del gobierno es cercana a los 280 millones de dólares. A continuación se acompaña un cuadro con los establecimientos que considera cada etapa, la empresa que ganó cada licitación, la inversión inicial, capacidad de reclusos y superficie¹⁸:

GRUPOS	Adjudicada	Establecimiento	Capacidad Reos	Superficie (M ²)
1	BAS. S.A ¹⁹	Alto Hospicio	1.679	43.000
		La Serena	1.656	45.000
		Rancagua	1.689	45.000
2	BAS S.A	Concepción	1.190	33.000
		Antofagasta	1.160	32.000
3	VINCI Francia	Santiago I	2.568	40.000
		Valdivia	1.248	27.000
		Puerto Montt	1.245	32.000
4	Pendiente 1er Semestre 2006	Santiago II	2.500	40.000
		VII Región	1.400	35.000
Total			16.335	370.000

Referente a los términos de la concesión, la participación de los capitales privados se compromete en la construcción y explotación de los penales, para que una vez expirado el período de concesión –de 20 años–, sean éstos devueltos al Estado y éste opte por volver o no a concesionarlos. Por otra parte, el modelo de concesión tiene un carácter mixto, en la medida de que las responsabilidades son compartidas: el Estado asume la vigilancia y seguridad de los penales y el concesionario la construcción, mantenimiento y la prestación de los servicios asociados. En la tabla que sigue, se describen los términos de la Concesión²⁰:

¹⁸ Cuadro diseñado sobre la base de la información del Sitio Web de Gendarmería.

¹⁹ El consorcio BAS está formado por las empresas Besalco, Astaldi y Sodexho.

²⁰ Sitio Web de Gendarmería.

PROGRAMA DE CONCESIONES

- La administración y vigilancia queda a cargo de Gendarmería, en coherencia con la función punitiva del Estado, definida como “una facultad indelegable de restringir los derechos de las personas, ejercida a través de los organismos competentes”.
- El diseño operacional y arquitectónico está a cargo del concesionario.
- El financiamiento, construcción y mantención de la infraestructura quedan a cargo del concesionario.
- La provisión de servicios penitenciarios, tales como alimentación, salud, control de plagas, reinserción social, es de responsabilidad del concesionario.
- El Ministerio de Justicia pagará subsidios al concesionario a cambio de la construcción, mantención y servicios. Éstos consisten en un pago semestral de los subsidios comprometidos en el contrato con un subsidio fijo a la construcción, un subsidio fijo a la operación y un subsidio variable por el número de internos atendidos en el semestre. El pago será realizado por el Ministerio de Justicia.
- El Estado deberá adquirir el dominio de las obras en un plazo establecido.

Por último, el propósito de la política de privatización de las cárceles en Chile es brindar servicios básicos y una reinserción social eficiente, eficaz y oportuna. Por ejemplo, cada Penal está dividido en diferentes módulos, formando pequeñas unidades autónomas que comparten los principales servicios, como la cocina o la lavandería. La segregación es total, ya que el diseño separa a los internos según el grado delictual, para impedir que presos reincidentes se mezclen con primerizos, o los adictos con los que no lo son, etc. Además, cada módulo cuenta con capacidad para entre 50 y 80 internos, tiene sus celdas con ducha, baño y lavamanos para una sola persona en caso de reos de alta peligrosidad (6m²) o para tres, en casos de mediana peligrosidad (9m²)²¹.

Por otro lado, los módulos cuentan con talleres artesanales, cursos de capacitación laboral y zonas industriales (500m²) donde los internos con buena conducta trabajan regidos por la ley laboral, ga-

²¹ *El Mercurio*, 14 de octubre de 2005

nan dinero y aprenden un oficio. También tendrán una escuela reconocida por el Ministerio de Educación, cuyos cursos dan acceso a rebajas de penas. Habrá asimismo monitores de arte, deportes y recreación, contando con gimnasios de 900 m², equipados con cancha de baby-fútbol y vóleibol, entre otros. Por otra parte, las reclusas con hijos lactantes estarán en habitaciones con sus niños, con pequeñas tinas y agua caliente. También habrá guarderías infantiles con parvularias, para que las madres asistan a los talleres. Para las visitas conyugales se habilitaron venusterios o habitaciones con cama de dos plazas, baños y agua caliente, lo que facilitará los vínculos familiares. Este beneficio también permite controlar la disciplina y estimular buenas conductas²².

3. Deficiencias que presentó durante el 2005 el programa de Concesiones de infraestructura Penitenciaria Chilena.

3.1) El problema de los costos

Este problema surgió a propósito de una investigación realizada por FLACSO, la cual concluyó que el sistema mixto resulta más caro que el sistema público. Según el organismo, queda en duda la reducción de los gastos, al considerar los costos por interno en el sistema público y en el mixto, ya que en este último sistema se presenta un aumento considerable. En efecto, como explican Dammert y Díaz, el costo diario por interno en el sistema público alcanza los 11 dólares mientras que dicho costo escala a 35 dólares en el sistema público y privado. Ello se explicaría en parte por la superposición de funciones entre el privado y el Estado. Además, las investigadoras sostienen que si en el sistema público el costo por interno duplicaba el sueldo mínimo, con el sistema de concesiones se estará gastando más de cuatro sueldos mínimos para mantener a una persona privada de libertad. En el cuadro siguiente se explica lo relativo a los costos por internos en el Sistema Público y el Concesionado²³:

Sistema/Costo	Anual	Mensual	Diario	Diario en dólares
Sistema Público	\$2.959.109	\$246.592	\$8.216	U\$11
Sist. De Concesiones	\$6.764.016	\$563.668	\$18.778	U\$35

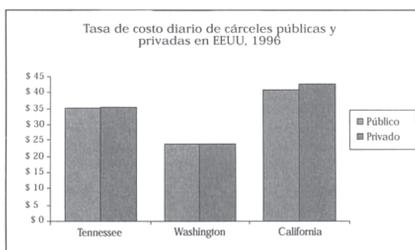
²² *El Mercurio*, 14 de octubre de 2005

²³ Dammert, Lucia; Díaz, Javiera; op cit., p. 5

Las conclusiones de FLACSO ponen en duda dos aspectos del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria. El primero, que el sistema mixto implicaría una rebaja de costos para el Estado, dado que una de las lógicas que se encuentra detrás del sistema de concesiones consiste en que el privado incurre en menores costos operacionales. El segundo, que se lograría frenar los aumentos de gastos por parte del Estado en materia penitenciaria. En efecto, ha sido una tendencia permanente desde la década de los 90 el aumento del gasto en esta materia. A modo de ejemplo, entre 1999 y 2004 se presentó un incremento promedio anual del presupuesto de Gendarmería de un 7,1%. Y en el 2004 el presupuesto anual de la Institución alcanzó la suma de 87.825 millones de pesos, correspondientes a unos 170 millones de dólares aproximadamente²⁴.

Esta tendencia de aumentar los costos del sistema penitenciario no obstante haber incorporado la participación de privados, es común en la experiencia comparada. Por ejemplo, en Estados Unidos numerosos estudios revelan que la disminución de costos, es poco significativa. De hecho, El Bureau de la Administración de Justicia mostró que la privatización reduce los costos en 1%²⁵.

También la reincidencia y las mejores condiciones de vida se ponen en duda a nivel comparado. Así, por ejemplo, en lo relativo a la primera, según un estudio realizado en Florida (1995-2001) las tasas de reincidencia no presentan diferencias significativas en ambos regímenes. Además, la disminución de los costos genera una merma en la calidad de la alimentación, salud e higiene, con lo cual se deterioran las condiciones de vida²⁶. A continuación, se acompaña un gráfico que demuestra la escasa diferencia en materia de costos entre el sistema público y el privado²⁷.



Fuente: Informe de GAO (The United States General Accounting Office).
Datos corresponden al valor diario por persona en dólares.

²⁴ Ver Informe Anual de Derechos Humanos 2005 Hechos 2004, pp 22 y 23.

²⁵ Dammert, Lucía; Díaz, Javiera; Cárcel privadas: ¿Modelo de Gestión Penitenciaria o Inversión Inmobiliaria?; FLACSO; Observatorio N° 5, 2005; pp 3.

²⁶ Dammert, Lucía; Díaz, Javiera; Cárcel privadas; pp 3

²⁷ Fuente: Dammert, Lucía; Díaz, Javiera; Cárcel privadas; pp 2

3.2) Problemas con los términos y condiciones de los contratos de concesión

En el transcurso del 2005 se presentaron problemas con el contrato de concesión que había firmado BAS S.A, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Obras Públicas (MOP), respecto de los términos y condiciones de las especificaciones de la construcción. En concreto, una vez que fueron firmados los contratos los organismos del Estado antes señalados han cambiado los estándares de construcción definidos inicialmente en el mismo, lo cual ha traído aparejado para el concesionario un aumento significativo en los costos de construcción, que dicho concesionario estima en niveles de un 70%.

Estas modificaciones en las especificaciones de la construcción generan una serie de repercusiones relevantes, en particular tres. Primeramente, el conflicto acerca de quién asumirá el costo adicional. La segunda repercusión, es que si quien asume el gasto adicional es BAS S.A, la cuota de 14 millones de dólares que el Estado está obligado a pagar por conceptos de construcción debería aumentar y con ello los costos totales del programa de concesión penitenciaria. Y por último, esta situación genera dudas sobre la seriedad de la política misma y la efectiva consecución de los objetivos diseñados.

En lo que sigue, revisaremos algunos aspectos del problema del cambio en las condiciones de construcción.

El problema se suscitó al iniciarse la construcción de los establecimientos, cuando la Comisión Técnica integrada por el MOP, el Ministerio de Justicia y Gendarmería comenzó en cada una de sus visitas a realizar una serie de reparos y exigencias, que significaron verdaderos cambios en las especificaciones de la construcción, entre ellas, el incorporar ascensores en el área de Hospitales, aumentar el grosor de los muros a 15 centímetros, poner 10 mil en vez de 40 rociadores antiincendio en los techos e incorporar espirales de alambre púas.

Las razones de estos cambios no son claras. Algunas versiones que circularon en los medios de comunicación giraron en torno a que las licitaciones se realizaron en base a un anteproyecto que no contaba con una información adecuada y que condujo a errores posteriores en los términos y condiciones del mismo.

Sobre el cambio de las especificaciones de la construcción, el ex Ministro de Justicia José Antonio Gomez, señaló lo siguiente: “[y]o no habría permitido que cambiaran las especificaciones de la construcción. Es insólito. De acuerdo con la licitación inicial, los costos estaban completamente claros. Yo mismo los estudié y los reduje de manera de poder llegar a una cárcel que fuera viable económica-

mente, además de cumplir con las necesidades de seguridad y rehabilitación. Si me decían que la norma internacional determinaba que el espacio es de 42 metros cuadrados, yo lo rebajaba porque en las viviendas sociales que entregaba el Gobierno era de 38”²⁸.

Según la Concesionaria BAS S.A., estas modificaciones en la construcción han significado que se aumentaran los costos en un 70%, en las etapas I y II, que agrupan a Alto Hospicio, La Serena, Rancagua, Concepción y Antofagasta. El MOP no comparte estas estimaciones, señalando que el aumento de los costos no supera el 7%. Incluso, la Unidad Coordinadora de Concesiones del MOP asegura que todo se ha seguido al pie de las reglas convenidas en el contrato de licitación²⁹.

Estas discusiones acerca de cuál es el costo adicional y quién lo asumirá, han llevado a BAS S.A. y al Ministerio de Obras Públicas a recurrir a los tribunales de justicia, existiendo al momento en que se concluía este Informe un proceso arbitral destinado al efecto.

Sin embargo, la información acerca del arbitraje es escasa. De hecho, los investigadores del presente Informe se pusieron en contacto con las partes del conflicto pero ninguna de ellas quiso pronunciarse sobre el estado judicial de la causa. Como ya explicamos en el inicio, el Gobierno ha sido muy cauteloso en develar toda la información y ha mantenido una política de silencio respecto de estos problemas.

Según el diario “El Mercurio”³⁰, en el “grupo uno” la Comisión Conciliadora, que, según el artículo 36 de la Ley de Concesiones, debe operar cuando existan discrepancias entre las partes, habría tenido un buen resultado y el MOP habría asumido los gastos adicionales, pero en el “grupo dos”, la solución no se produjo al no estar el MOP dispuesto a asumirlos, cuestión que produjo que el asunto se llevara ante un tribunal arbitral.

Por otra parte, algunas autoridades –como el ya citado ex Ministro de Justicia José Antonio Gómez y una serie de diputados– se han manifestado sobre el tema, en particular en contra del proceder de la licitación, la cual según ellos ha sido poco seria. Según “El Mercurio”, “todos coinciden en la falta de prolijidad con la que el proyecto se ha desarrollado hasta hoy. Las responsabilidades están por definir. Y el tema no es menor. Por un lado está el cariz electoral que ha tomado la seguridad ciudadana. Por otro está el futuro de los hospi-

²⁸ *El Mercurio*, 16 de octubre de 2005.

²⁹ *El Mercurio*, 16 de octubre de 2005.

³⁰ Ídem.

tales y colegios que se basarán en el mismo modelo de concesión, donde ministerios como Salud y Educación serán los mandantes del MOP³¹.

En el mismo sentido un Diputado expresa: “[n]o me cabe duda de que el Gobierno perderá el litigio y asumirá el costo. Siempre en las licitaciones ha sido así, y las empresas están ejerciendo presiones indebidas para que se les reconozca este aumento³².”

A su turno el ex Ministro de Justicia José Antonio Gómez manifiesta que éste es “un gran condoro”, indicando que “[s]e hizo la primera licitación pública con toda la transparencia del caso. Y se les pidió a los participantes planos de especialidad, pero llegando hasta el más mínimo detalle para evitar que no se escaparan los costos. Además, desde el punto de vista del gasto normal de Gendarmería, yo diría que el proyecto ganador no excedía el 10% del costo de operación actual”. Agrega que “si fuera el Ministro de Justicia hoy día, asumiría la responsabilidad totalmente³³.”

3.3) *Incumplimiento de los plazos de entrega de los recintos penitenciarios*

El incumplimiento en los plazos de entrega de los recintos, es una consecuencia del problema de cambio en los términos y condiciones de construcción arriba señalado. Se trata de que los litigios entre BAS S.A. y el Estado han traído como corolario el retardo y suspensión en la entrega y construcción de los recintos penales. En el contexto actual de la realidad penitenciaria nacional el retardo se torna grave, más si estas nuevas cárceles contribuirían a descongestionar las cárceles antiguas y a mitigar la habitual lesión de derechos humanos. A continuación se expondrá con mayor detalle el problema del incumplimiento de los plazos de entrega.

En diciembre de 2000, diecisiete días después de haberse producido un motín en la cárcel de San Miguel que ocasionó la muerte de siete personas, se anunció la nueva fórmula para hacer frente al congestionamiento del sistema penitenciario, la cual consistiría en la construcción de 10 modernas cárceles, que estarían listas en el primer semestre de 2006³⁴.

³¹ Ídem.

³² *El Mercurio*, 14 de octubre de 2005

³³ *El Mercurio* 16 de octubre de 2005

³⁴ La difusión del compromiso fue masiva: incluso en los Mensajes Presidenciales del 21 de Mayo de 2001 y 2002 se reiteraron las promesas, el Presidente de la República expresaba en una de esas ocasiones: “Cuando en este gobierno estén construidos esos 10 recintos penales, se habrá construido en materia carcelaria el equivalente a todo lo que Chile ha construido en su historia.”

Incluso, el instrumento jurídico que se utilizaba permitía afianzar la promesa. Se expresaba que el modelo de concesión utilizado en Chile elevaba significativamente los estándares actuales, ya que se partía de la base de que el privado sería más eficiente al momento de construir y en el menor tiempo posible lograría una infraestructura de calidad y con menores costos³⁵. En el mismo orden de ideas, el Subsecretario del Interior expresaba –luego de que se había producido la primera adjudicación– que “la experiencia que en esta materia de concesión existe es que los trabajos tardan 18 meses. Sin embargo, podemos reducir ese plazo porque está el incentivo en cuanto a que a partir de la fecha de entrega del penal comienza el plazo de los pagos”³⁶.

Como ya explicamos, el diseño inicial contemplaba que la inversión debería desarrollarse en cuatro etapas. Para la primera, que contemplaba la construcción de tres penales, dos de alta y uno de mediana seguridad se estableció el plazo de entrega en mayo de 2005. En la segunda etapa, que consideraba la construcción de penales en Antofagasta y Concepción, los establecimientos se entregarían en julio de 2005. La tercera etapa, a su turno, se terminaría en marzo de 2006, al igual que la cuarta.

Sin embargo, las estimaciones anteriores no se han cumplido y, en la práctica, los problemas generados por los litigios judiciales han traído como consecuencia la paralización de las obras. Se trata de un retardo excesivo, donde la etapa Uno comenzará a funcionar con siete meses de atraso, puesto que se entregó en octubre de 2005 y en diciembre del mismo año comenzaría su funcionamiento efectivo.

Pero el mayor problema se está produciendo con la segunda etapa, donde las obras están totalmente paralizadas. Ello ocurre, por ejemplo, en Antofagasta y Concepción, lugares en que desde diciembre de 2004 las construcciones no presentan avance y lo construido no supera el 50%. Por otro lado, en el momento en que se redactaba este Informe se ignoraba el plazo efectivo en que se retomaría la construcción, puesto que BAS S.A. está a la espera de los resultados judiciales.

Referente a las siguientes etapas, la tercera y la cuarta, la situación no es alentadora, dado que en el momento en que se elaboraba este informe la situación actual de entrega era indeterminada³⁷.

³⁵ Ver Arellano, Jaime, op cit, pp 63.

³⁶ *El Mercurio*, 16 de octubre de 2005

³⁷ Dammert, Lucía; Díaz, Javiera; *Cárceles Privadas: ¿Modelo de Gestión Penitenciaria o Inversión Inmobiliaria?*; FLACSO CHILE, Observatorio N° 5, septiembre, 2005; pp 5.

Lo curioso es que, aun en este contexto, en la Unidad Coordinadora del MOP existiría confianza. Según se ha señalado, “ellos están confiados en que ni las diferencias presupuestarias que alega la concesionaria BAS S.A. ni la politización que ha tomado el tema carcelario terminarán por afectar el modelo de concesión. Aunque reconocen que el Grupo 2 es la licitación que ha mantenido sus obras paradas por más tiempo, también aseguran que los conflictos entre las partes son propios de la naturaleza de una concesión y que las bases consideran mecanismos de solución. Porque para ellos, más allá de los plazos, el objetivo es construir penales. De los problemas actuales, sólo comentan que sirven para aprender y mejorar. Por eso destacan que el Grupo 3 de cárceles avanza sin problemas. Del grupo 4 aún se están preparando los antecedentes para la licitación”³⁸.

Sin embargo, la situación está lejos de lograr una solución pacífica y pronta. En este sentido, el nuevo Ministro de Obras Públicas, Eduardo Bitrán, ha manifestado que la situación es crítica, explicando que “[n]osotros hemos aplicado multas y las vamos a seguir aplicando. Pero lo que nos tiene muy complicados es la paralización de las obras. 14 meses paralizados dos grupos de cárceles. Eso lo encuentro inadmisibles. Eso daña el interés público de una manera brutal. A mí se me agotaron los plazos. No voy a anunciar lo que voy a hacer. Superó todo lo razonable”³⁹.

El cuadro que sigue explica la situación de los plazos de entrega inicial y los existentes al momento de redactar este Informe:

Etapas	Plazo entrega Inicial	Plazo entrega actual	Estado de Avance
1	Mayo 2005	Octubre 2005	Entrega Provisoria
2	Julio 2005	2006	45% a 50%
3	Marzo 2006	Indeterminada	14%
4	Marzo 2006	Indeterminada Terrenos	Falta Adquirir

3.4) Problemas con Gendarmería de Chile

Como lo hemos venido exponiendo, en el nuevo sistema Gendarmería abandonaría algunas de las funciones que ha venido desarrollando hasta ahora. En concreto, dejaría de tener a su cargo

³⁸ *El Mercurio* 16 de octubre de 2005.

³⁹ *El Mercurio* 18 de abril de 2006

el financiamiento, la reinserción social, el mantenimiento de la infraestructura, equipamiento estándar y de seguridad y los servicios básicos de los establecimientos penitenciarios. Mantendría, por otra parte, su papel respecto de la administración, así como la vigilancia y seguridad. En el cuadro que sigue se detalla lo recién expresado⁴⁰:

	Modelo Público	Modelo Público-privado
Administración	Gendarmería	Gendarmería
Vigilancia y seguridad	Gendarmería	Gendarmería proporciona la vigilancia, y el concesionario la tecnología y los sistemas de seguridad
Gestión	Pública	Público-Privado
Financiamiento	Pública	Concesionario, con pago de subsidios por parte del Estado
Reinserción social	Gendarmería	Concesionario
Mantenimiento de Infraestructura	Gendarmería	Concesionario
Equipamiento estándar y de seguridad	Gendarmería	Concesionario
Servicios básicos	Gendarmería	Concesionario

Si bien el gobierno ha establecido que es fundamental para la implementación del nuevo modelo contar con la modernización de Gendarmería de Chile, ésta no ha sido llevada a cabo. En los hechos, esta institución presenta características que ponen en peligro la puesta en marcha de las nuevas cárceles.

Se trata de que la institución a cargo de la administración y seguridad de los nuevos recintos, presenta una serie de deficiencias estructurales, tales como: mala calidad laboral de sus funcionarios, malos sueldos, escasa preparación para los postulantes a Gendarmes y falta de un adecuado equipamiento. Todas dinámicas que según se explicará en este Informe, contribuyen a generar situaciones tales como corrupción, tortura e inseguridad en los recintos.

⁴⁰ Dammert, Lucía; Díaz, Javiera; Cárceles Privadas: ¿Modelo de Gestión Penitenciaria o Inversión Inmobiliaria?, pp 1.

En este contexto, no sería de extrañar que se reprodujeran en los nuevos recintos las situaciones antes mencionadas. En otros países, el fracaso de la puesta en marcha de la privatización se originó porque la autoridad encargada de la seguridad no se encontraba a la altura de los nuevos requerimientos. Como explica Jaime Arellano: “Muchas experiencias han fracasado al momento de la puesta en marcha producto del encuentro de dos actores desconocidos, con formas disímiles de trabajo y con objetivos y responsabilidades poco claras”⁴¹.

III. ACCESO A LA INFORMACIÓN RESPECTO DE LAS CONDICIONES CARCELARIAS

La preparación de la serie de Informes Anuales –que se elaboran desde 2002– requiere de una labor importante de investigación. Ella, con todo, no puede realizarse sin la ayuda de las instituciones cuyo trabajo queremos revisar. Las instituciones públicas, que en este informe son evaluadas a la luz de los estándares de derechos humanos, tienen un deber importante en materia de publicidad de sus actuaciones y de la información que fundamenta las mismas.

La legislación chilena carece de normas sobre el deber de producción de información por parte de los órganos del Estado, pero sí establece deberes de probidad y transparencia. Dentro de los deberes de probidad, podríamos decir que el Estado –y sus reparticiones– están obligados a diseñar e implementar políticas públicas razonables. Esto quiere decir que, al menos, esas decisiones deben estar fundadas en información que las haga plausibles, pero también que las dote de justificación.

El objeto de este apartado es dar cuenta del caso judicial sobre acceso a la información a que dio lugar la negativa de Gendarmería de entregar información que se le solicitó, en el marco de las investigaciones para la edición anterior de este informe.

En el caso particular de Gendarmería de Chile, la institución ya había colaborado en investigaciones anteriores. En efecto, para la publicación sobre torturas y malos tratos⁴² la institución fue un importante agente de información, siempre atenta a los requerimien-

⁴¹ Arellano, Jaime; op cit; pp. 74.

⁴² Véase, A.A.V.V., *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*, Universidad Diego Portales y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Santiago, 2002.

tos de información y activa colaboradora de las investigaciones dentro de los recintos cuya custodia mantiene.

El Informe Anual sobre Derechos Humanos 2005 (sobre hechos de 2004), concentraría parte importante de su investigación en las condiciones carcelarias, por lo que Gendarmería aparecía, nuevamente, como la institución pertinente a la cual recurrir en búsqueda de antecedentes e informaciones. Así, durante 2004 se enviaron tres cartas –fechadas el 23 y 27 de julio, las primeras, y el 9 de noviembre, la última– donde se requería información que consideramos de importancia para efectos de la preparación del informe.

La información requerida era la siguiente:

1. Información estadística acerca del número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente al primer semestre del año 2004, segregada por región, sexo y estado procesal de los reclusos (detenidos, procesados o imputados, condenados y bajo arresto nocturno).
2. Información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra Funcionarios de Gendarmería de Chile –iniciados y/o terminados en 2004– con indicación de las causas que los motivaron (respecto de aquéllos en actual tramitación) y los resultados verificados a su término (sanciones, absoluciones, medidas adoptadas, etc.). También, solicitamos información respecto de la vía de inicio de tales sumarios (denuncias de reclusos, control disciplinario, fugas, etc.).
3. Información respecto de las acciones judiciales intentadas contra Gendarmería de Chile (recursos de protección, amparo, querrelas criminales) en razón de la tutela de los derechos de los reclusos (derecho a la integridad física y síquica, a la salud, etc.)
4. Información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte, diferenciados por región, durante los años 2003 y 2004.

Ninguna de las cartas obtuvo respuesta de parte de Gendarmería. No obstante el hecho de que las disposiciones vigentes sobre acceso a la información pública disponen que las autoridades deben entregar respuesta de la solicitud dentro de las 48 horas siguientes de efectuada la solicitud, y pese a que entre las primeras dos cartas y la última transcurrieron más de 4 meses, ninguna de las misivas fue respondida por Gendarmería. La primera infracción de Gendarmería a las disposiciones sobre probidad y transparencia, entonces, quedaba configurada por el hecho de que no se nos entregó respuesta a ninguno de los requerimientos, en circunstancias que las normas sobre acceso a la información disponen que:

*"[e]l Jefe de Servicio requerido [de la información] deberá pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ellos, dentro del plazo de 48 horas contado desde la formulación del requerimiento"*⁴³.

Otra de las posibilidades que Gendarmería tenía era la de negar la información sobre la base de su reglamento de reserva y secreto. De acuerdo a la Ley de Bases –donde se contienen las normas sobre acceso a la información– y en concordancia con el reglamento sobre reserva y secreto⁴⁴, los servicios públicos estaban habilitados para dictar sus propios reglamentos de reserva y secreto, por medio de una resolución fundada.

En este caso Gendarmería sí había dictado su reglamento, el cual, aunque infundado, no dejaba prácticamente hipótesis alguna fuera del secreto y reserva⁴⁵. En efecto, el reglamento señalaba que⁴⁶:

*"la naturaleza propia de la función encomendada a Gendarmería de Chile implica el conocimiento y manejo de información cuya publicidad afecta directamente a la seguridad pública, el ámbito de los intereses privados de las personas y el normal funcionamiento del sistema penitenciario"*⁴⁷.

Pero ocurre que ahí no había fundamentación alguna. El sistema internacional de derechos humanos señala que las restricciones a los derechos deben ser necesarias para una democracia y hallarse establecidas por ley. Hipótesis abstractas como las del tipo "toda la información que poseemos" atentan contra los estándares desarrollados por el sistema internacional sobre la materia.

Además, la misma Contraloría General de la República había recomendado a los servicios de la administración el adecuar sus re-

⁴³ Artículo 13, inc. 9, DFL 1, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (D. Of. 17.11.2001).

⁴⁴ D.S. N° 26, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (D. Of. 07.05.2001). Este reglamento se encuentra hoy derogado. Al respecto, véase el capítulo sobre Acceso a la Información, en este mismo Informe.

⁴⁵ Res. 417 EXENTA, Deja sin Efecto Declaración Exenta Número 1.112, de 2002, y Declara Secretos y Reservados los Actos y Documentos que Señala, Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile (D. Of. 23.05.2003).

⁴⁶ Decimos *señalaba* pues, como se verá en el capítulo sobre Acceso a la Información, de este mismo Informe, los reglamentos de los servicios se encuentran derogados por la entrada en vigencia de las reformas constitucionales de 2005.

⁴⁷ Considerando 5°.

glamentos de reserva y secreto, por medio de una circular en la cual notificaba a los servicios de un dictamen reciente:

“A su vez, en diversas resoluciones se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento”.

“Ello ocurre, por ejemplo, con las citadas resoluciones de la Tesorería General de la República en lo que se refiere a ‘todos los documentos que respalden egresos cualquiera que sea su naturaleza, origen y destino’, y ‘contratos de cualquier naturaleza suscritos por el Servicio’; de la Dirección de Presupuestos en cuanto a ‘decisiones y conclusiones respecto de estudios y análisis de temas de cualquier naturaleza’; de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional respecto de las ‘Actas de las Sesiones’ del Consejo de la entidad y sus antecedentes, y de la Subsecretaría de Marina, al fijar que ‘como regla general, tendrá el carácter de reservado todo trámite previo al pronunciamiento del respectivo acto administrativo’”⁴⁸.

Gendarmería no sólo no había respondido en las tres ocasiones en que se le requirió para hacerlo; además contaba con un reglamento de reserva y secreto inconstitucional, todo vez que limitaba derechos fundamentales más allá de lo razonable.

En razón de los hechos anteriormente expuestos, el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, por medio de su Clínica de Acciones de Interés Público, demandó el acceso a la información en tribunales⁴⁹. La demanda no sólo estaba dirigida a obtener la entrega de la información, sino que, además, a que se declarara la nulidad del reglamento de reserva y secreto donde Gendarmería establecía límites al acceso a la información, más allá de lo razonable⁵⁰.

La evidencia del interés público envuelto en la información que se solicitaba –por medio de ella se pretendía controlar la forma en que Gendarmería realizaba sus funciones– fue una de las razones

⁴⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 0498831, 4 de octubre de 2004. una revisión de este dictamen en Informe Anual sobre Derechos Humanos 2005 (hechos de 2004), pp. 257-258.

⁴⁹ La causa se caratuló “González, Felipe con Gendarmería”, Rol N° 12.090/04, 16° Juzgado Civil de Santiago.

⁵⁰ Véase, Caso *Ricardo Canese con Paraguay*, Sentencia 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párrafo 77 y Opinión Consultiva OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párrafos 53 y 54.

que fundamentaron la demanda. Además de las disposiciones legales, normas de orden constitucional y de derecho internacional fueron invocadas ante el tribunal.

La Defensa de Gendarmería

En su defensa, Gendarmería comienza haciendo una larga enumeración de las veces en que ha prestado ayuda a la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, donde funciona el Programa de Derechos Humanos. Pero las colaboraciones del pasado no pueden eliminar o atenuar las responsabilidades por la infracción actual. Gendarmería señaló que:

“esta institución [Universidad Diego Portales] siempre ha tenido a su alcance la información que ha requerido, en la medida por cierto que ésta se encuentre al alcance de Gendarmería”⁵¹.

Entre las defensas que las distintas instituciones habían esgrimido para negar el acceso a la información⁵², la ausencia de ésta no había sido invocada. Gendarmería dirige su defensa a dos argumentos centrales. Primero, que no poseían la información y, segundo, que el requerimiento –tal cual se encontraba formulado– suponía exigir al servicio elaborar estadísticas cuya preparación requeriría mucho trabajo.

Sobre lo primero, el servicio demandado señaló que:

“[d]ar cabida a pretensiones como la que nos ocupa, significaría distraer recursos públicos, por lo demás escasos, para fines distintos de los consagrados por la ley (...). [En efecto] la información solicitada debe versar primero a (sic) actividades que digan relación con las funciones específicas de cada servicio”⁵³.

Sobre lo segundo, Gendarmería estima que:

“[es] improcedente que se pretenda obligar a un órgano del Estado a

⁵¹ Escrito de contestación de Gendarmería, en poder de los autores.

⁵² Véase, CONTESE, Jorge, *La opacidad de la administración: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile*, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

⁵³ Escrito de contestación de Gendarmería, en poder de los autores.

realizar estudios u otros trabajos, que deben realizar quienes en este caso solicitan la información"⁵⁴.

La respuesta de Gendarmería, extemporánea de acuerdo a la regulación de la Ley de Bases, adolece de algunos problemas de interpretación que, en su momento, se hicieron presentes en el tribunal.

Sobre el primer punto, los demandados realizan la peor interpretación posible de la solicitud efectuada. La recurrida se excusa de entregar la información señalando que ésta no existe. Esa respuesta lo único que hace es poner en evidencia que Gendarmería elabora sus políticas públicas sin información que es relevante para que esas políticas sean razonables –como el número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente, por ejemplo.

Además, Gendarmería señaló que la información solicitada no decía relación con funciones específicas del servicio. Sin embargo, una interpretación correcta del artículo 3° de la Ley Orgánica de Gendarmería⁵⁵, indica que, en la medida que esta institución debe cumplir con las demás funciones que señale la ley, queda sujeta a la Constitución Política y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Ese es el sentido en que ha de interpretarse el artículo 3° de la ley citada cuando expresa que:

*"[c]orresponde a Gendarmería de Chile: c) por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley"*⁵⁶.

Como la propia institución demandada sostiene, ella ha ayudado anteriormente a grupos intermedios dentro de los cuales se encuentra la Universidad Diego Portales; por ello, no se logra comprender por qué la negativa de esta Institución en circunstancias de que ya había prestado colaboración para otros trabajos de investigación.

Sobre lo segundo, Gendarmería da a entender en su contestación que lo pretendido por los demandantes es que sea ella la que realice el estudio; sin embargo, ello no es lo que se solicitó. En efecto, ésa no

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ D.L. 2859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Ministerio de Justicia, (D. Of. 15.09.1979)

⁵⁶ El destacado es nuestro.

era la finalidad perseguida ni lo solicitado en el proceso, sino que lo que se buscaba y lo que se solicitó era la entrega de información para que los investigadores de la Universidad Diego Portales la analizaran y sistematizaran. En otras palabras, lo que se pide es que se facilite la información, pero en ningún caso se solicita a esta institución que realice el trabajo que los investigadores del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales pueden realizar.

Una tercera línea de defensa de los demandados, fue la de señalar que la información requerida no constituía un acto administrativo, razón por la cual esa información quedaba al margen de la publicidad reclamada por los demandantes. Esta línea argumentativa es confusa porque lo que da a entender es que la información sí estaba en poder de Gendarmería⁵⁷ pero que no fue entregada, únicamente, por no constituir un acto administrativo. Además, y tal como lo señala el dictamen de la Contraloría que se acompañó en la demanda:

“si bien la regulación del artículo de la aludida ley N° 18.575 no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa”⁵⁸.

Sin perjuicio de la restrictiva jurisprudencia que las Cortes de Apelaciones construyeron entre los años 1999-2005, un análisis en profundidad de la Ley de Bases –a la cual está sujeta Gendarmería en su actuar– indica que, más allá de si un acto es o no administrativo, la ley discurre en que el principio de publicidad y transparencia debe regir a la gestión administrativa en su totalidad, ya que lo que está en juego es el derecho que tiene la ciudadanía en una sociedad democrática de informarse acerca del funcionamiento de las instituciones estatales.

⁵⁷ Enseguida veremos que en la apelación de la sentencia, Gendarmería reconoce tener la información.

⁵⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 0498831 (cit.).

La Sentencia

El 16° Juzgado Civil de Santiago acogió la demanda con una sentencia innovadora en materia de acceso a la información⁵⁹. Una interpretación sistemática de las diferentes disposiciones constitucionales y legales, permiten al tribunal disponer la entrega de la información. El tribunal parte realizando una suerte de declaración de principios, óptica desde la cual analizará los hechos que se someten a su consideración. Así, señala que:

“el ejercicio de la función pública debe, entonces, permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas. Conforme a ello los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, son públicos, y por ende deben ser puestos a disposición de los interesados, ya sea de oficio o a requerimientos de ellos, salvo que respecto de la información requerida concurra alguna de las causales establecidas en el inciso final del artículo 13 de la ley en comento”⁶⁰.

En concordancia con la regulación legal vigente, el tribunal reconoce que hay ciertas ocasiones en las que la información puede estar sujeta a reserva o secreto. Pero no se trata de cualquier causal. Tratándose de excepciones a derechos fundamentales, éstas deben interpretarse en forma restrictiva. El tribunal señala, en consecuencia, que:

“conforme la norma legal (...) las únicas causales para eximirse de la entrega de la referida información, lo son:
a. la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias;

⁵⁹ “González, Felipe con Gendarmería”, Rol 12.090/04, 16° Juzgado Civil de Santiago, 31 de agosto de 2005.

⁶⁰ Considerando 7°. En el considerando 8° complementa el principio señalando que “el principio de transparencia y publicidad del procedimiento administrativo de los órganos del Estado se encuentra ratificado y reiterado en el artículo 16 de la Ley 19.880 al establecer que dicho procedimiento se realizará con transparencia, de manera tal que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él; y la publicidad de los actos administrativos de los órganos del estado y de los documentos que le sirve de sustento o complemento directo o esencial, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento”.

- b. *el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;*
- c. *la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos;*
- d. *el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el Jefe Superior del órgano requerido, y*
- e. *el que publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”.*

El tribunal señala que, fuera de las razones expresadas en la cita anterior, no hay otra posibilidad para excusarse de entregar la información. Y lo recalca al momento de analizar la defensa de Gendarmería, la que:

“[no] se excepcionó aduciendo que la información requerida se encontraba en alguna de las situaciones previstas en la disposición antes transcrita y que impiden la entrega de su información o publicidad, descansando únicamente su alegación en que dicha información no habría sido entregada a la interesada, en razón de no disponer en la forma procesada como aquélla lo ha exigido”⁶¹.

Ahora bien, el tribunal reconoce que la información solicitada no constituye un acto administrativo que, en la estrecha interpretación hecha por las Cortes de Apelaciones, y sobre la base de un reglamento inconstitucional⁶², era uno de los criterios para determinar cuándo corresponde la entrega de información. Sin embargo, tomando en cuenta las demás leyes que regulan el actuar de Gendarmería –y los órganos de la administración del Estado–, afirma que:

*“conforme se infiere de lo dispuesto en los artículos 1° y 8 del DL N° 2859 que contiene la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, es función de dicho organismo, entre otros y en lo atinente al caso que se trata, **procurar que tanto los sistemas de planificación y los reglamentarios, como las directrices de funcionamiento y desarrollo institucional sean coherentes y compatibles entre sí con el objeto de mejorar la calidad del régimen carcelario y penitenciario**”⁶³.*

⁶¹ Considerando 10°.

⁶² D.S. N° 26 extiende las posibilidades de reserva y secreto, más allá de la delegación que se realizara en la Ley de Bases, a los actos.

⁶³ Considerando 12° (el destacado es nuestro).

La defensa de Gendarmería había sido la de señalar que no era su obligación la de mantener información, tal cual le había sido solicitada. La réplica de los demandantes señalaba que no se pide la información procesada, pero sí la información “en bruto”, para poder analizarla y procesarla. El tribunal se pregunta si Gendarmería tiene obligaciones de mantener niveles razonables de información (como, por ejemplo, información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte) y se responde que, de acuerdo a la propia normativa de la institución, ésta debe desarrollar políticas públicas coherentes y compatibles que no podrían lograrse sin este tipo de información. Por lo mismo, y para que se puedan desarrollar esas políticas públicas, razonables y coherentes, Gendarmería debe tener esa información.

“Cabe establecer que la materia a que ella se refiere constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/ o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones”⁶⁴.

El Tribunal, luego, señala que en la causa “no existe (...) antecedente alguno (...) que permita establecer que la demandada disponga de los antecedentes en la forma requerida por la actora”. Sobre el particular señala que:

“aquella [información] corresponde a los resultados de un proceso investigativo que son normalmente realizados por entidades o centros de investigación como el del que forma parte la demandante; trabajo que se inicia con la recopilación de los datos, materiales o antecedentes sobre el cual versará la investigación, con su compilación por segmento, según las áreas que se precise analizar y bajo los parámetros u objetivos que se hayan tenido en cuenta al establecerse el proceso investigativo, el que debiera terminar con las estadísticas que la actora pretende obtener de la demandada a través de este proceso”⁶⁵.

En otras palabras, el Tribunal establece que la información, tal cual como fue solicitada, no se encuentra disponible (a partir de los antecedentes de la causa), pero ello no obsta a que la información

⁶⁴ Considerando 13°.

⁶⁵ Considerando 14°.

bruta, sin elaborar, esté en manos de Gendarmería. Gendarmería, si de verdad quiere cumplir con la obligación de elaborar políticas razonables y coherentes, debe contar con esta información, quizás no elaborada de la forma solicitada, pero sí en cualquier otra forma.

“[T]eniendo presente que para la obtención de la información aludida por la actora, se requiere contar con los antecedentes, documentos y cifras que debe disponer Gendarmería de Chile, dentro de sus centros de datos o estadísticas que ella debe elaborar para su informe al Ministerio de Justicia, Instituto Nacional de estadísticas u otros órganos afines, se acogerá la demanda sólo en cuanto se ordena a la demandada ‘Gendarmería de Chile’, a hacer entrega al actor don Felipe González Morales, Director del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, de todos los datos que ésta disponga para realizar sus tareas y estudios de investigación, los cuales señala en su demanda”⁶⁶.

La sentencia del Tribunal no obliga a la institución a producir información que –de acuerdo a lo que señaló hasta fines de la primera instancia– no poseía. Es decir, no obliga a Gendarmería a producir las estadísticas en la forma solicitada, pero tampoco rechaza la demanda, pues entiende que los particulares y las universidades tienen un interés legítimo de fiscalizar la forma en que sus autoridades ejercen sus funciones. Afirma que las instituciones del Estado, en especial aquellas que diseñan políticas públicas, tienen el deber de elaborar estas políticas sobre la base de información, condición sin la cual el servicio público no podría tomar decisiones razonables. Cualquiera sea la información con la que cuenta Gendarmería sobre los puntos identificados en la demanda, debe ser entregada, aunque no necesariamente en la forma solicitada.

La Apelación de Gendarmería

La sentencia fue apelada por Gendarmería. Si en la primera instancia del caso parecía extraño que una institución careciera de información que resulta vital para elaborar políticas públicas razonables (por ejemplo, información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra funcionarios de la institución), con la apelación quedaron en evidencia una serie de contradicciones en la argumentación del servicio⁶⁷.

⁶⁶ Considerando 15°.

⁶⁷ El Recurso de Apelación, presentado en la corte de Apelaciones de Santiago, tiene el Rol N° 10.487/05.

Sobre los argumentos de Gendarmería, ésta insiste en sostener que la información requerida no constituye materia propia de un acto administrativo, afirmando que:

“(...) no constituyen actos administrativos de los órganos de la administración del Estado según la propia definición que alude la sentencia. En el mismo sentido, tampoco el fallo que se apela señala que se trataría de documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial”⁶⁸.

Como se señalara en primera instancia, se reiteró que una interpretación armónica de las normas sobre funcionamiento de la Administración permite afirmar que también son actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la administración en el ejercicio de sus competencias⁶⁹. Además, y tal como había señalado el tribunal de primera instancia, la información que se solicitaba era necesaria para el diseño de políticas públicas razonables por parte de Gendarmería, lo que sí es un acto administrativo. Luego, esta información es sustento o complemento directo y esencial para los actos administrativos que realiza el servicio. Así lo había dispuesto la sentencia del tribunal, al disponer que los antecedentes solicitados:

“constituye[n] sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir con sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y / o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus funciones (...) [con el objeto de] procurar que tanto los sistemas de planificación y los reglamentos, como las directrices de funcionamiento y desarrollo institucional sean coherentes y compatibles entre sí con el objeto de mejorar la calidad del régimen carcelario y penitenciario”⁷⁰.

La información con la que debe contar Gendarmería –se desprende de la sentencia– no es sólo un insumo que la misma Institución puede ocupar para lograr con éxito las tareas encomendadas por la legislación vigente. Que el servicio posea esa información es garantía para la ciudadanía de que las políticas públicas que se elaboran en la administración del Estado son razonables, estándar que al

⁶⁸ Escrito de apelación, en poder de los autores.

⁶⁹ Artículo 3° de la Ley 19.880 (D. Of. 19.05.2003).

⁷⁰ Considerando 12°, “González, Felipe con Gendarmería”, Rol 12.090/04 (cit.).

menos requiere que exista información sobre cuya base se diseñan, elaboran e implementan tales políticas.

Que Gendarmería haya señalado que no posee la información en la forma solicitada puede significar al menos dos cosas. Primero, que las políticas públicas se elaboran en esa institución discrecional y arbitrariamente y que la información no está sistematizada en el servicio. Y, segundo, que poseen la información pero no en la forma solicitada, lo que les habría servido de supuesta excusa para no entregar los antecedentes requeridos en tres oportunidades.

Dentro de los nuevos argumentos de Gendarmería en su recurso de apelación, se señala que sí posee la información solicitada, pero reprochando el escaso celo de los investigadores en la búsqueda de la misma. En su apelación, Gendarmería sostiene que la información se entregó a la Escuela de Sociología de la Universidad Diego Portales. La negativa de entregar la información, que en un primer momento aparecía explicada por el hecho de que no se encontraba sistematizada en la forma solicitada, luego cambia para señalarse que ha sido entregada a otros particulares⁷¹.

Otra de las argumentaciones de Gendarmería consiste en señalar que acceder a la entrega de información solicitada significaría satisfacer “el interés de un privado”. Ello resulta revelador de la idea que la institución apelante –y varias de las instituciones del Estado, en general– posee acerca del rol de la ciudadanía en el control de sus autoridades. Cabe señalar a este respecto que, la jurisprudencia sobre acceso a la información pública, ha sostenido que:

“la labor fiscalizadora de los privados, lejos de representar un obstáculo a la consecución de los fines del Estado o de sus órganos, representa una ayuda, un complemento coadyuvante de notable importancia”⁷².

⁷¹ Sobre el particular es preciso señalar que el Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos posee asiento en la Facultad de Derecho, distinta a la Facultad individualizada por la apelante y sin que, por supuesto, la entrega de información efectuada en aquélla sea razón suficiente para eludir las responsabilidades en la publicidad de la información. Gendarmería señaló que una forma de obtener la información, a la cual no se habría recurrido, era la página del Poder Judicial y del portal electrónico que Gendarmería de Chile mantiene en Internet. Como ya es sabido, dichos medios de información son absolutamente incompletos y en la mayoría de los casos se encuentran desfasados en el tiempo, no siendo entonces confiables para la labor que esta casa de estudios pretende realizar con aquellos datos. Además, que se remita a la página de Gendarmería para la búsqueda de la información, hace suponer, entonces, que la controversial información se encuentra disponible (en su web) por lo que Gendarmería efectivamente sería poseedora de la misma.

⁷² Sentencia Rol 4173/00, 29º Juzgado Civil de Santiago, 12 de junio de 2001.

Debe tenerse en consideración, además, la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile en un caso actualmente en curso. El Estado, defendiéndose de la denuncia, alegó que en el sistema institucional chileno las facultades de fiscalización de las autoridades correspondían al Congreso Nacional y no a la ciudadanía. La Comisión Interamericana señala en su demanda, que:

“el propósito principal de la libertad de expresión es permitir que la sociedad civil ejerza su rol de contralor del gobierno, un papel que es intrínseco al sistema democrático”⁷³.

La interpretación que el Estado chileno hace de la participación carece de seriedad y razonabilidad y lo mismo ocurre con Gendarmería, al no percibir el interés público de la labor que se realiza por medio del desarrollo y difusión de informes sobre derechos humanos.

Mientras el recurso de apelación está pendiente, se aprobaron las reformas constitucionales que introducen innovaciones en materia de acceso a la información⁷⁴. Pese a estas reformas y sin tomar en cuenta las instrucciones y claras señales que desde el Gobierno central se enviaron a las diferentes reparticiones públicas⁷⁵, Gendarmería presenta sus argumentaciones sobre la base del sistema que, con las reformas, queda derogado. De las reformas cabe concluir que no solamente los actos administrativos son públicos, sino que, además, cualquier otro acto, indistintamente de si éste se enmarca o no dentro de la definición de acto administrativo. La definición constitucional de acto no puede restringirse únicamente a los actos de la administración, pues ella –la primera– es mucho más amplia. Por lo tanto, el principio de Publicidad consagrado en la Ley de Bases resulta vigorizado por la nueva reforma constitucional y hoy se extiende a todos los actos emanados de dichos órganos sin distinciones⁷⁶.

Al cierre de la edición de este Informe, la vista del recurso en la Corte de Apelaciones de Santiago estaba pendiente.

⁷³ Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero con Chile. La demanda fue notificada al Estado y fue presentada ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de julio de 2005.

⁷⁴ Sus detalles en el capítulo sobre Acceso a la Información.

⁷⁵ Los detalles en el capítulo sobre Acceso a la Información.

⁷⁶ Tal como lo dispone el artículo 6° de la Constitución.

IV. CONDICIONES CARCELARIAS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. Descripción general del sistema: los Centros de Menores

De acuerdo a nuestra legislación vigente, los niños y adolescentes en contacto con la justicia penal sólo pueden ser privados de libertad en razón de causales específicas y en establecimientos especiales, previamente determinados por la autoridad competente. La Ley de Menores en actual vigor⁷⁷, bajo la denominación genérica de “Casas de Menores”, distingue tres tipos de centros, dos de los cuales son explícitamente o implícitamente reconocidos como privativos de libertad.

En primer lugar, la norma estatuye los denominados Centros de Tránsito y Distribución (CTD), cuya función principal consiste en atender a los menores que requieren de diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida a su respecto⁷⁸. Del artículo 51 de la Ley de Menores se desprende que este tipo de centros no está concebido como privativo de libertad⁷⁹.

En segundo término, se encuentran los Centros de Observación y Diagnóstico (COD), destinados a acoger a los menores cuya edad oscile entre los dieciséis y los dieciocho años, y se encuentren en alguna de las siguientes hipótesis: (a) hayan sido detenidos por la comisión de un delito flagrante y el Juez de Garantía, a petición del fiscal, haya accedido a la ampliación del plazo de detención, en cuyo caso la detención por regla general se lleva a efecto en un COD, o; b) se encuentren sujetos a la medida cautelar personal de prisión preventiva mientras se decide acerca de su discernimiento.

⁷⁷ Ley N° 16.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de fecha 16 de mayo del año 2000, publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo del mismo año. Cabe destacar que la última modificación a dicho texto se verifica por medio de la ley 19.927, en enero de 2004.

⁷⁸ Un caso de estadía en un CTD se verifica, de acuerdo al artículo 16 bis de la ley de Menores, cuando para cautelar la integridad física o psíquica del menor fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado.

⁷⁹ Ello se desprende de la frase final del inciso tercero del artículo 51 de esta Ley, que, tras señalar que los COD se destinarán a los menores detenidos o sujetos a prisión preventiva durante el examen de discernimiento, aclara que “Con todo, estos menores...” (refiriéndose a los que estén sometidos al trámite de discernimiento) “...podrán ser atendidos en un Centro de Tránsito y distribución cuando no proceda su privación de libertad.”

Por último, la Ley de Menores estatuye los denominados Centros de Rehabilitación Conductual (CERECO), cuya finalidad es procurar la integración definitiva del menor en el medio social. En estos centros cumplen la condena impuesta por el tribunal penal respectivo los menores de edad que, previamente declarados con discernimiento, han sido objeto de una condena penal. Estos centros también se destinan a quienes cometan un hecho delictivo siendo menores de 16 años, o mayores de esa edad y menores de 18 años pero declarados “sin discernimiento”, cuando el tribunal de menores decreta respecto de ellos una medida de encierro⁸⁰.

No obstante lo anterior, nuestro sistema contempla, además, secciones de menores al interior de algunas cárceles públicas para su privación de libertad en situaciones específicas. Tal es el caso de aquellos menores declarados con discernimiento por sentencia ejecutoriada y sujetos a prisión preventiva.

Cabe destacar que los centros antes individualizados, por establecerlo así el artículo 71 de la Ley de Menores, son determinados por el Presidente de la República mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Justicia, los que, en el diseño actual del sistema de menores, pueden depender tanto del SENAME como de instituciones ajenas a éste, como corporaciones, fundaciones u organizaciones no gubernamentales⁸¹. Mediante tales decretos se determina tanto la clase de centro que se establece, como la institución a cargo de su administración, el tipo de atención que ofrece y la situación de los menores que ingresan a ellos.

Así, por ejemplo, el diseño del sistema en la Región Metropolitana fue determinado por el Decreto Supremo exento N° 2372 de fecha 2 de julio de 2004, que estableció los CTD y COD existentes a

⁸⁰ En efecto, los CERECO hacen las veces de los “establecimientos especiales de rehabilitación” a que se refiere el artículo 29, N° 3°, de la Ley de Menores, precisamente al listar las medidas de rehabilitación que el tribunal de menores puede decretar respecto de los menores inimputables.

⁸¹ Así, entre otras, la Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria OPCIÓN; la Corporación Educacional y Asistencial Hellen Keller; la ONG de Desarrollo, Corporación de Educación El Quijote; el Instituto de Estudios Humanísticos ICHEH; la Corporación Instituto para el Desarrollo Comunitario IDECO; la ONG Surcos; la Corporación Municipal de Conchalí; la ONG de Desarrollo Corporación de Apoyo al Desarrollo Autogestionado GRADA; la Organización Comunitaria de Carácter Funcional Hogar Mi Familia; la ONG de Desarrollo Madre María; la Fundación Refugio de Cristo; el Patronato de los Sagrados Corazones de Valparaíso; la Congregación Hermanas de la Providencia; la Corporación Servicio Paz y Justicia, SERPAJ; la Asociación Cristiana de Jóvenes de Valparaíso; Corporaciones de Asistencia Judicial; el Obispado de San Felipe; la Corporación de Educación, Rehabilitación, Capacitación de atención a menores, CERCAP; etc.

partir de dicha fecha, derogando la anterior regulación, contenida en el decreto supremo N° 371 de fecha 17 de junio de 2002. Entre aquéllos dependientes directamente del SENAME, se contemplaron los siguientes:

- **CTD Casa Nacional del Niño**, para niños y niñas hasta los cuatro años de edad con problemas de salud, con alteraciones fisiopatológicas, derivados por los tribunales competentes, que se encuentren en situación de vulneración de derechos y con necesidad de diagnóstico y asistencia especializada por su situación de salud y protección.
- **CTD Galvarino**, cuya atención se centra en niños y niñas desde dos a nueve años de edad, derivados por los tribunales competentes y que se encuentren en situación de vulneración de derechos y con necesidad de diagnóstico, asistencia y protección.
- **CTD Pudahuel**, para niños y niñas entre diez y catorce años, derivados por los tribunales competentes y que se encuentren en situación de infracción a la ley penal pero por su edad son inimputables. Además, separadamente, para adolescentes de sexo masculino y femenino entre doce y dieciocho años de edad que se encuentren en situación de vulneración de derechos y con necesidad de diagnóstico, asistencia y protección.
- **CTD Los Acacios**, que atiende a niños y adolescentes de sexo masculino entre diez y catorce años de edad derivados por los tribunales competentes, que junto con presentar reiteradas detenciones por infracción a la ley penal e ingresos a la red de diagnóstico y de tratamiento de SENAME, requieran de una intervención diagnóstica altamente especializada.
- **CTD El Arrayán**, al que ingresan adolescentes de sexo masculino entre catorce y dieciséis años de edad, derivados por los tribunales competentes inculcados de haber participado en hechos constitutivos de crimen o simple delito.
- **COD Santiago**, para adolescentes de sexo femenino entre dieciséis y dieciocho años de edad, inculcadas de haber participado en hechos constitutivos de crimen o simple delito mientras se resuelve acerca de su discernimiento. Este centro también está facultado para realizar dicho diagnóstico en forma ambulatoria.
- **COD Comunidad Tiempo Joven**, cuya atención se centraliza en adolescentes de sexo masculino entre dieciséis y dieciocho años de edad que estén inculcados de haber participado en hechos constitutivos de crimen o simple delito mientras se resuelve acerca de su discernimiento. Este centro está facultado para realizar dicho diagnóstico de manera ambulatoria.

- **COD El Arrayán**, para adolescentes de sexo masculino entre dieciséis y dieciocho años de edad que estén inculcados de haber participado en hechos constitutivos de crimen o simple delito mientras se resuelve acerca de su discernimiento, pudiendo realizar dicho diagnóstico en forma ambulatoria.

Además, por medio de las resoluciones exentas N° 346 y 347 de 12 de junio de 2002 fueron estatuidos los **CERECO Santa Inés** y **Santiago**. El primero de ellos contempló una capacidad de atención de sesenta y cinco jóvenes de sexo masculino que se encontraran en alguna de las siguientes situaciones. Primero, se tratare de adolescentes cuya edad oscilara entre catorce y dieciséis años de edad y estuvieren inculcados de haber ejecutado actos constitutivos de crimen o simple delito. Y en segundo lugar, adolescentes entre dieciséis y dieciocho años de edad, inculcados de la comisión de un crimen o simple delito, que hubiesen sido declarados sin discernimiento al momento de la ejecución del ilícito. Por otra parte, el CERECO Santiago fue establecido para atender a quince jóvenes de sexo femenino que se encontraran en cualquiera de las situaciones ya descritas.

Por último, el 17 de agosto de 2005 la resolución exenta N° 888 instauró el **CERECO Tiempo Joven**,⁸² cuya capacidad de atención se determinó en treinta jóvenes de sexo masculino, de entre catorce y dieciséis años, que estuviesen inculcados de la comisión de crimen o simple delito; o entre dieciséis y dieciocho, cuando se haya establecido que obraron sin discernimiento en su ejecución.

Cabe destacar que, no obstante la existencia de los centros antes descritos, el sistema cuenta, además, con la sección de menores al interior de la cárcel pública de Puente Alto, donde se ha habilitado un espacio especial para los menores que ingresan a dicha unidad penal.

De los veinticuatro centros de menores que funcionan en la Región Metropolitana, sólo once de ellos son dependientes directamente del SENAME, esto es, menos de la mitad del total de la oferta existente. Además, de esa cifra, dos de ellos –Tiempo Joven y El Arrayán– funcionan como CTD y como COD en las mismas instalaciones.

En la Quinta Región, de acuerdo al Decreto Supremo N° 2366, de fecha 2 de julio de 2004, los centros dependientes del SENAME son

⁸² Como señalaremos después, la instauración del CERECO “Tiempo Joven” consistió en la habilitación de una casa en el recinto del COD del mismo nombre para su funcionamiento.

el CTD Playa Ancha y el CTD-COD Lihuén. El primero atiende a niños y niñas entre diez y catorce años de edad que se encuentren en situación de infracción a la ley penal, pero que por su edad son inimputables jurídicamente; y, separadamente, a niños, niñas y adolescentes entre diez y dieciocho años de edad, que se encuentren en situación de vulneración de derechos y con necesidad de diagnóstico, asistencia y protección. El CTD-COD Lihuén, por su parte, atiende a adolescentes de sexo masculino entre catorce y dieciséis años que hayan sido inculcados de participar en hechos constitutivos de crimen o simple delito; y a jóvenes entre dieciséis y dieciocho años mientras se resuelve acerca de su discernimiento.

Del total de centros de menores existentes en la Quinta Región, a saber, trece centros, solamente tres de ellos dependen del SENAME. Como ya se explicó, dos de ellos son, en concreto, un mismo recinto, pues el centro Lihuén hace las veces de CTD y COD al mismo tiempo.

En la Sexta Región del país, el establecimiento de los CTD y COD se llevó a efecto por medio del Decreto Supremo exento N° 2367, de fecha 2 de julio de 2004. El centro dependiente del SENAME, de acuerdo a dicha normativa, es el centro **Antuhué**, que funciona como CTD y como COD. La atención en dicho centro se dirige a adolescentes de sexo masculino entre catorce y dieciséis años, derivados por el tribunal competente, que hayan sido inculcados de participar en hechos constitutivos de crimen o simple delito; y en jóvenes entre dieciséis y dieciocho años mientras se resuelve acerca de su discernimiento.

El Decreto establece, además, establecimientos “en que podrán ser internados los menores de edad que pudieren ser sometidos a examen de discernimiento, por no existir Centros de Observación y Diagnóstico en el lugar”. Éstos son, en concreto, cárceles públicas: el Centro Penitenciario Femenino de Valparaíso, para adolescentes de sexo femenino; y para jóvenes de sexo masculino el Centro de Cumplimiento Penitenciario de San Antonio, el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Los Andes y el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Isla de Pascua.

Tal como en los casos anteriores, los centros dependientes directamente del SENAME son, desde el punto de vista de la totalidad de la oferta existente, una minoría. Así, en la Sexta Región, de acuerdo al decreto supremo antes individualizado, operan diez centros objeto del ingreso de menores, cifra que comprende los cuatro centros al interior de cárceles públicas para adultos que ya mencionamos. De ese total, sólo dos de ellos están vinculados directamente al SENAME, esto es, el Centro Antuhué, que funciona como COD y CTD simultáneamente.

2. Los núcleos problemáticos del sistema

Como expusimos en Informes Anuales anteriores⁸³, la situación de los menores privados de libertad en nuestro país es, por regla general, bastante similar a la de los adultos en condiciones de encierro. Ello importa, en concreto, que, salvo algunas excepciones, los problemas que son posibles de constatar en la vida diaria de los reclusos adultos en las cárceles del país se extienden a los menores privados de libertad. Ello, por supuesto, se intensifica en el caso de los menores que efectivamente se encuentran reclusos al interior de cárceles destinadas para adultos, aunque en secciones especiales.

En lo que sigue, revisaremos los principales problemas que, desde el punto de vista de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, presenta el sistema de menores en nuestro país.

a. Menores en recintos penitenciarios

De acuerdo a la Ley de Menores vigente, los menores y adolescentes en contacto con el sistema de justicia penal solamente pueden ser ingresados a establecimientos penitenciarios cuando han sido objeto de la medida cautelar personal de prisión preventiva y a condición de que previamente haya sido determinado por sentencia ejecutoriada que obraron con discernimiento en la comisión de los hechos imputados. Cumplidos tales requisitos, la permanencia del menor en la unidad penal debe materializarse en completa separación e incomunicación con reclusos mayores de edad⁸⁴.

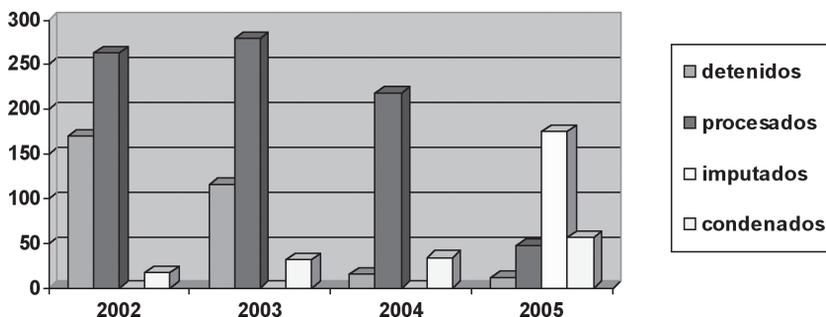
Mientras se encuentre pendiente el trámite del discernimiento, la prisión preventiva debe ejecutarse en un Centro de Observación y Diagnóstico (COD). Incluso, en el evento de ser condenado, la pena privativa de libertad aplicada al menor declarado con discernimiento, por disponerlo expresamente el artículo 58 de dicha ley, debe ser cumplida al interior de un Centro de Rehabilitación Conductual (CERECO) y no en una unidad penal.

⁸³ Ver, especialmente, el Informe Sobre Derechos Humanos en Chile 2005.

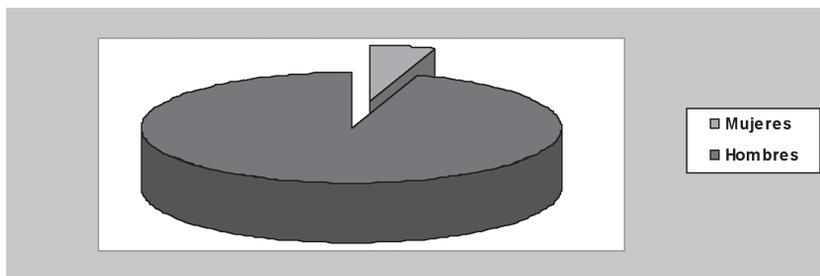
⁸⁴ El artículo 17 de la ley de Menores sanciona al jefe del establecimiento penal que no dé cumplimiento a dicha separación con la suspensión de su cargo por un período de hasta un mes. Cabe destacar que la exigencia de separación entre menores y adultos privados de libertad en recintos penitenciarios resulta obligatoria, además, en razón del artículo 37 letra c) de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; del artículo 10 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y del artículo 5 N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, y como señalamos con anterioridad, en caso de que el Fiscal solicitase una ampliación del plazo de la detención de un menor en hipótesis de delito flagrante, ésta debe materializarse, por regla general, en un Centro de Observación y Diagnóstico (COD), salvo el caso excepcional de que se trate de un lugar donde estos centros no existan, pudiendo recurrirse a las secciones especiales para menores de las cárceles de adultos.

De acuerdo a las cifras de Gendarmería de Chile es posible constatar al 31 de marzo de 2005 la presencia de adolescentes detenidos (12) (que hipotéticamente podría suponerse corresponden a lugares donde no hay COD) y condenados (52) (lo que no tiene, en cambio, explicación ni fundamento legal) al interior de las cárceles públicas del país. El siguiente gráfico ilustra la evolución del número de menores al interior de recintos carcelarios, desde al año 2002 al 31 de marzo de 2005, distinguiendo la calidad procesal que justifica el encierro.



Por otra parte, el número total de adolescentes privados de libertad en establecimientos dependientes de Gendarmería de Chile asciende, al 31 de marzo de 2005, a 297. De tal cifra, un 94,9% (282) corresponde a menores de sexo masculino y sólo un 6,1% (15) a menores de sexo femenino. Ello es ilustrado por medio de la siguiente figura:



b. Separación

Otro de los problemas que es posible constatar al interior del sistema de menores es el relativo a la separación efectiva, ya sea entre menores y adultos en las cárceles públicas, como entre los menores entre sí en los centros de menores y adolescentes dependientes del SENAME u otras instituciones.

En el primer caso, como vimos, la separación e incomunicación es ordenada tanto por la ley de Menores como por instrumentos internacionales sobre derechos humanos obligatorios para el Estado chileno⁸⁵. Sin perjuicio de ello, a pesar de existir secciones especiales habilitadas para menores en algunas cárceles del país, como en el CPP de Puente Alto, en que los menores se encuentran en la torre 5 de dicho Penal, el contacto entre menores y adultos se produce de todas formas, ya sea en los patios o en los edificios de la unidad. En otras palabras, la separación es más bien nominal o formal, pero no efectiva, aunque ha mejorado con el transcurso del tiempo. En tal sentido, un defensor entrevistado sostuvo que *“(...) ahora la separación entre “cabros” y reclusos adultos es más efectiva que antes, aunque todavía no todo lo que debería ser. La sección de menores de Puente Alto está más separada de lo que estuvo la torre 4 antes, cuando se pasaban los menores para las otras torres de adultos. Todavía, en todo caso, están en algún nivel de contacto”*.

Una de las causas principales de la ineficacia de la separación entre menores y adultos se encontraría en la deficitaria infraestructura de los penales, cuya capacidad imposibilita la segregación. Así, de acuerdo a otro defensor penal: *“Todo depende de que el recinto lo permita, lo que pasa es que la mayoría de los recintos no lo permite. Gendarmería tiene claro todas las separaciones y divisiones que tiene que hacer y las aplican en la medida de lo posible. Gendarmería tiene una buena disposición a atacar los problemas, pero hay problemas estructurales. Si en un recinto tiene que haber 700 personas y hay 1.700, lo de la separación y segregaciones a realizar es bastante más complejo. Hay, entonces, una vinculación con el resto de la población que tiene condena por delitos graves y, por lo tanto, el contagio criminógeno es mayor”*.

Una situación especial de contacto se produciría en los traslados a tribunales de los internos, donde, en algunas cárceles, por escasez de transporte, muchas veces son trasladados juntos adultos y menores en los carros celulares de Gendarmería, como es el caso de la cárcel de Rancagua. En tal sentido, defensores penales públicos que

⁸⁵ Ver nota al pie anterior.

entrevistamos durante la investigación objeto del presente Informe nos indicaron que regularmente menores detenidos les solicitaban que fueran trasladados en carros diferentes a los de los adultos, petición que hacían efectiva ante el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención. La razón de la inquietud de los menores se origina en que es en dicho traslado, donde son transportados junto a adultos, donde se verificarían situaciones de violencia en su contra, sin que exista la vigilancia de gendarmes, quienes también estarían involucrados en los abusos.

Así, de acuerdo a un Defensor Penal Público de la Región Metropolitana: *“Los mismos jóvenes dicen que uno de los espacios más complicados, donde se generan más conflictos, y al que los jóvenes primerizos le tienen mucho temor, es al traslado al tribunal. Ahí se generan peleas y abusos de todo tipo. Por eso le llaman habitualmente “el carnicero”. Ciertamente hoy todavía se juntan menores con adultos ahí, básicamente por la falta de autos y, además, se juntan en los mismos tribunales. Yo te diría que el traslado a tribunales es el momento donde se generan mayores abusos. Hay abusos de gendarmes también. Hay denuncias internas, sumarios cuando esa violencia por parte de los funcionarios ha sido bastante grave”*.

Una situación similar viven los menores recluidos en los centros fuera de las cárceles. Aunque la situación varía dependiendo del centro de que se trate, pues su estructura interna y funcionamiento varía de uno en otro, la regla general es que se encuentren en contacto menores con diferente grado de comportamiento delictual o peligrosidad. Por regla general, los centros se dividen internamente en las denominadas “casas”, en donde se intenta segregar a los menores según categorías de comportamiento, como peligrosidad, edad, delito cometido, etcétera. No obstante ello, el dinamismo propio de funcionamiento de los centros, unido a deficiencias en la infraestructura del recinto, facilitan el contacto entre menores de diversas casas, con nefastas consecuencias para la vida e integridad física de sus habitantes. En el fondo, aun cuando formalmente se intenta la segregación, en la práctica se hace imposible puesto que están en los patios juntos o las casas se encuentran unas muy cerca de las otras y, además, existe poco control por parte de los educadores.

Esta situación fue constatada por el Diario La Nación en diciembre de 2005, a través de un reportaje acerca del CTD Pudahuel⁸⁶, centro dependiente del SENAME en la Región Metropolitana. Un

⁸⁶ “Peras con Manzanas”, La Nación Domingo, semana del 18 al 24 de diciembre de 2005.

funcionario entrevistado sostuvo, en el sentido de lo que venimos señalando, que *“al poco tiempo de llegar al centro, niños primerizos imitan conductas carcelarias de sus compañeros más avezados cortándose las venas como protesta”*. El centro se divide en cinco casas, tres para varones y dos para mujeres. De acuerdo a la investigación, la casa E de hombres es famosa por ser la más conflictiva y es en donde viven adolescentes y niños con un bajo compromiso delictual con otros que tienen un *“prontuario de delitos abultado”*. En la casa C la mezcla también es impropia: los menores tienen entre nueve y catorce años de edad y hay *“habitantes de las caletas, ‘mecheros’, drogadictos, vagos y otros que ejercen el comercio sexual”*, siendo frecuentes las peleas. El reportaje indica que un menor que pasó por dicho centro recuerda que en una ocasión un niño llegó hasta el establecimiento y ese mismo día fabricó un arma con una cuchara. Al rato fue agredido por otro menor y se vengó clavándole el arma en la espalda.

Por otro lado, en la casa A, de mujeres, las edades oscilan entre los doce y los diecisiete años e incluye a menores que ingresan por prostitución o han sido víctimas de violencia sexual. Según los educadores del recinto, las violaciones entre mujeres son bastante comunes y muy rara vez se denuncian. La expresión máxima de ello se encuentra en las denominadas *“convivencias”*, palabra que designa a las visitas que hacen las niñas de la casa A a los menores de la casa E, como consecuencia de las cuales los menores *“tienen relaciones sexuales en los pasillos, en los baños y en recovecos que ya se conocen de memoria”*, y si no hay *“convivencias”* se producen motines, con incendios en las instalaciones en muchos casos. De acuerdo a la investigación, la existencia de relaciones sexuales en las *“convivencias”* fueron informadas por medio de una carta que los funcionarios del COD El Arrayán enviaron a la dirección del SENAME, aproximadamente en octubre de 2005. Como resultado de ello fueron restringidas las *“convivencias”*, aunque con poco efecto: a diciembre de ese año, dos meses después de la misiva, el CTD Pudahuel registraba dos nuevas jóvenes embarazadas.

El contacto entre menores con diferente nivel de peligrosidad, y la consecuencial violencia que ello conlleva, se produce en escenarios muy diferentes en la vida diaria de los adolescentes. Así, de acuerdo a un abogado de la corporación OPCIÓN, *“(…) en todos los centros hay un cierto nivel de contagio criminógeno, en Limache hay menos que en Graneros, pero existe también. Había chicos que me decían que no iban a los talleres, pues no son obligatorios, porque le sacaban la cresta hasta en el taller. Le había contado a los educadores, pero ellos decían ‘ya, córténla’, pero nada más”*.

c. *Capacidad de atención y condiciones básicas de vida*

Uno de los principales problemas que presenta el sistema de menores radica en la deficitaria infraestructura de los centros en que permanecen menores y adolescentes privados de libertad. Se trata de un dilema transversal a la red de protección de jóvenes en contacto con el sistema de justicia, que alcanza a la casi totalidad de las casas de menores y que, al mismo tiempo, incide en la generación de múltiples otras problemáticas, como la violencia y la ineficacia de la rehabilitación de los niños y niñas que permanecen en ellos.

Cabe destacar que por regla general las casas de menores no cuentan con altos índices de hacinamiento o sobrepoblación como en el caso de las cárceles de adultos, esto es, aun cuando la cantidad de menores que permanecen en centros varía constantemente, la capacidad estructural de los recintos da normalmente abasto para la demanda existente. De acuerdo a la mayoría de los actores del sistema entrevistados, el problema no se encontraría tanto en la infraestructura objetiva de los centros, sino que en la calidad de la misma.

Con todo, excepcionalmente sí existen algunos centros que cuentan con porcentajes de sobrepoblación más relevantes, especialmente los que funcionan en la Región Metropolitana. Así, el COD CERECO Tiempo Joven, cuya capacidad de atención original es de aproximadamente 145 personas, ha llegado a albergar a casi 300 menores, con un promedio de 180. De acuerdo a un defensor penal entrevistado: “(...) el COD Tiempo Joven tiene algo más de espacio, tiene una piscina, más salas, pero hay un nivel de hacinamiento mayor, los cabros chicos están más encerrados y el hacinamiento se ve en el cambio de actitud de los menores, están más violentos, mucho más agresivos”.

En el mismo sentido, un abogado entrevistado explicó que “Tiempo Joven tiene la ventaja de que tiene espacios más grandes, canchas, por ejemplo, y cada una de las casas tiene espacios donde desarrollar talleres, es un espacio bastante grande que no existe en otros centros de menores que se han ido construyendo después. Sin embargo, son muchos más menores por lo que los espacios se hacen más chicos. Tengo la impresión de que Tiempo Joven ha tenido muchos más jóvenes presos que el resto de los centros de la Región Metropolitana, lo que influye en el espacio (...)”

De acuerdo a las cifras del SENAME, el sistema de atención en su conjunto contemplaba, al 30 de septiembre de 2004⁸⁷, a 4.475 menores. De tal cifra, 518 se encontraban en Centros de Observación y

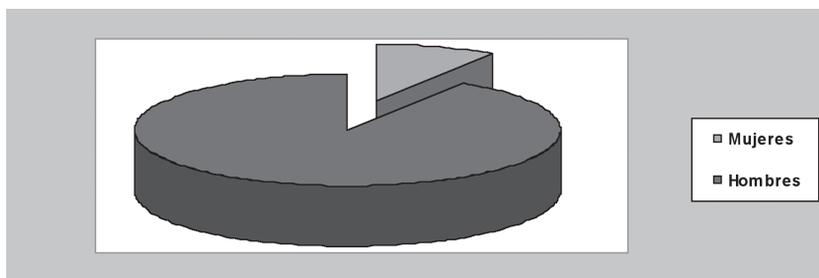
⁸⁷ Fuente: Werth, Francisca, “Revisión de las capacidades proyectadas del sistema para la ejecución de las sanciones según el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil (Boletín 3021-07)”, Fundación Paz Ciudadana, junio de 2005.

Diagnóstico; 189 en Centros de Rehabilitación Conductual; y 3.768 en Programas de Intervención Ambulatoria. Del total de menores en el sistema, un 90,77% (4.062) corresponde a hombres y el 9,23% (413) a mujeres. Estas cifras son ilustradas a continuación:

Por sistema de atención

	CERECO	COD	PIA	Total
Hombres	178	483	3.401	4.062
Mujeres	11	35	367	413
Total	189	518	3.768	4.475

Por sexo



A pesar de no existir altos índices de hacinamiento, el problema principal estaría centrado en la calidad de las condiciones básicas de vida, a saber, en la infraestructura de los centros, su ubicación geográfica, el alimento, el acceso a prestaciones de salud idóneas, entre las más importantes. Tales falencias serán descritas brevemente en lo que sigue.

Instalaciones y alimentación

Como señalamos, uno de los puntos más críticos del sistema se encuentra en las deficitarias instalaciones de los centros de menores. Los centros operan sobre la base de la distribución de los niños y niñas en casas, las que pretenden albergar a menores que se encuentren en similares condiciones criminógenas, como la apariencia, edad, el lenguaje, la conducta y el historial delictivo. Así, por ejemplo, Tiempo Joven cuenta con cinco casas: la uno y la dos están destinadas a primerizos o menores de bajo compromiso social. La

casa número tres corresponde a la sección de jóvenes reincidentes o de mediano compromiso delictual. La número cuatro alberga a menores de alto compromiso delictual; y la cinco existe por motivos de segregación especial por protección u otras razones. En Antuhué la distribución contempla cuatro casas para menores y adolescentes, las que funcionan en base a los mismos criterios: en las casas uno y dos viven chicos acusados de robos y asesinatos, que son los más conflictivos del recinto. En la casa tres conviven menores acusados de violaciones y menores relacionados con delitos de drogas. La casa cuatro funciona como COD⁸⁸.

Un abogado de la Corporación OPCIÓN describió el Centro Antuhué de la siguiente manera: *“Antuhué es un recinto en que ingresan a una jaula, en que hay distintas casas que están divididas con rejas y hay un sector en el medio que une todo, que es el gimnasio. Entre medio está el corredor, es como un círculo, al medio está el gimnasio y todo está enrejado, hasta las distintas casas de los menores (...)”*.

La mayoría de los centros cuenta con escasos espacios comunes y algunas salas destinadas a los talleres que se ofrecen a los menores. De acuerdo a la opinión generalizada de las personas entrevistadas en el presente informe, casi invariablemente, en todos los centros del país tanto las casas como los espacios comunes y las instalaciones en general (baños, salas, etcétera) se encuentran en evidente y creciente deterioro.

Así, según un Defensor Penal entrevistado, *“todos los centros tienen problemas de infraestructura, de paredes, camas, patios, a pesar de los esfuerzos que se realizan. Por ejemplo, Tiempo Joven tiene serios problemas de humedad, cuestión que no se previó al momento de construirse y arreglarlo implica una inversión muy grande. Los espacios son húmedos porque están mal ubicados. Ahora, eso no es nada comparado con las condiciones de la cárcel, ahí sí que la humedad es dramática...”*

Un ejemplo de ello es el Centro Antuhué, que al ser inaugurado en el año 2003 fue presentado por el SENAME como un centro modelo para la rehabilitación de menores. De acuerdo a la investigación desarrollada por The Clinic, el centro tiene el aspecto de llevar varias décadas funcionando: las lámparas de los pasillos están quebradas y con los cables al aire, los techos de latón están rajados en muchas partes y, además, abollados. En cuanto a los baños, en uno los inodoros no cuentan con separaciones y son usados por los me-

⁸⁸ Centro Juvenil Antuhué: Alcatraz para Niños”. The Clinic, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, N° 153.

nores ante la vista de todos, las tasas están quebradas y los restos de loza se encuentran esparcidos por todo el lugar, el piso de otro baño se halla cubierto de orina y presenta un olor insoportable.

En el sector administrativo, se describe una puerta hecha pedazos, cuestión que es explicada por un funcionario atribuyéndolo a los menores que rompen las instalaciones para la fabricación de armas. Además, la investigación describe la pieza de un menor como el reflejo del estado en que se encuentran las del centro: “hay un catre y sobre él una colchoneta de no más de ocho centímetros de grosor, fétida a orina. No hay ni un mueble más. La ventana da hacia el cerro, fuera de la cárcel”.

Para intentar mejorar la infraestructura del lugar, con fecha 2 de marzo de 2005 los funcionarios de Antuhué enviaron una carta a la dirección nacional del SENAME, denunciando las falencias detectadas al interior del centro. Entre ellas, se informaron las siguientes. En primer lugar, se indicó que los baños no tienen tapas “desde hace más de un año, provocando la obturación de los ductos del alcantarillado, y generando que sean los propios educadores quienes deban cumplir la función improvisada de gasfitería”. También se destaca la carencia de utensilios básicos para mantener la higiene en el recinto. Además, “se entrega sólo una máquina rasuradora por casa y siendo ésta de la más inferior calidad (marca BIC), siendo que la ocupan hasta 18 [personas]”. Se reclama, luego, de la falta de medicamentos y la ausencia de botiquines en las casas para hacer las curaciones a los menores. Señala que “la misma enfermería adolece de una buena presentación sanitaria y de camas debidamente equipadas para albergar a jóvenes, ya que ésta pasa a cumplir la función de una casa albergue más”. La investigación en comento ratificó que la Enfermería de Antuhué funciona para albergar a los menores relacionados con el narcotráfico. Por último, la misiva señala que el centro no cuenta con agua durante ocho horas cada día y protesta por la comida diaria de los jóvenes, indicando que es de baja calidad e insuficiente en cantidad. Agrega que, “como dato ilustrativo, hay que recordar que siempre se entrega de postre jalea”.

Sobre la comida, la investigación señala que durante el 2005 un menor se cosió la boca con aguja e hilo como protesta por la mala calidad del alimento.

Respecto de dicho Centro, un abogado entrevistado sostuvo que *“tiene una implementación insuficiente; por ejemplo, tienen muy pocas frazadas para el frío, entonces en lo más crudo del invierno los niños sólo tienen una frazada con suerte para abrigarse. Además, el Centro es puro olor a cloro todo el día. Los espacios de recreación que tienen son mínimos*

y cada casa cuenta con una especie de patio. Yo las veces que fui, ese patio estaba inutilizable, casi siempre porque estaba lleno de agua, era puro barro”.

Otro ejemplo de la precariedad de las condiciones de los centros se encuentra en el CTD Pudahuel. De acuerdo a un funcionario, los baños *“pasan constantemente tapados. Las cerámicas están todas rotas. Está mal pensado porque los menores las utilizan para cortarse las venas”*⁸⁹. De acuerdo al estudio que de dicho centro realizó La Nación, los menores pasan constantemente frío en invierno, puesto que la calefacción de una habitación de 200 metros cuadrados consiste en dos estufas a gas, *“de las que se usan en cualquier casa”*. Además, el piso en muchas partes está destruido debido a que los menores lo sacan constantemente. Una funcionaria del Centro describió la situación de los baños del recinto: *“había un niño haciendo caca a poto pelado frente a nosotros, al aire libre, porque no había puertas”*.

Respecto de la infraestructura de los centros de menores, Francisco Estrada, jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia, nos explicó que en ese ítem es donde más se han destinado recursos estatales, una cifra aproximada de \$ 41.000.000, de los cuales \$ 3.500.000 se invertirán en el nuevo centro a construir en Santiago. De acuerdo al entrevistado, uno de los problemas centrales en este ámbito radica en el diseño de los recintos, dilema originado históricamente debido a la falta de claridad acerca del objetivo último de los mismos, si se pretendía que fuesen cárceles o centros de rehabilitación. Hoy en día, sostuvo, se han realizado importantes esfuerzos por reacondicionar los establecimientos para que satisfagan estándares razonables de habitabilidad y constituyan una herramienta más para el trabajo con los niños y adolescentes. Respecto de la calidad de la misma, nos indicó que, en parte, el problema se encontraría en el manejo administrativo de los establecimientos, en la falta de control de los menores por parte de las autoridades, lo que contribuiría a la destrucción permanente de que son objeto. En tal sentido sostuvo que, en general, el sistema no cuenta con funcionarios especializados como en otros países, y tampoco es posible exigirles esfuerzos personales en especializarse dado que la mayoría son funcionarios a contrata, cuyos servicios terminan, si no son renovados, a fin de cada año. Para paliar ese problema, según el entrevistado, el Ministerio de Justicia se encuentra actualmente trabajando en el diseño de una ley de planta para los funcionarios, lo que

⁸⁹ “Peras con Manzanas”, La Nación Domingo, semana del 18 al 24 de diciembre de 2005.

supondrá en el futuro una mayor estabilidad laboral, además de posibilidades de exigir especialización para los cargos.

Sobre el mismo punto, Alejandra Riveros, de la Dirección Nacional del SENAME, sostuvo que *“en los últimos años se ha invertido muchos recursos en infraestructura, lo que demuestra que existe conciencia de que hay que mejorarla. Cuando digo mejorar, es en términos cuantitativos: hay más centros ahora, menos hacinamiento y cuantitativamente se han considerado las necesidades de los chicos y chicas. No estamos en lo óptimo, claro, porque hay que tener más centros, y más centros para niñas, que son muy pocos. Por otro lado, quizás no se encuentren totalmente equipados todavía, tiene que haber más calidad en los talleres y escuelas, que son centrales en la rehabilitación y reinserción social. Hay algunos que no están listos para el desafío de la nueva ley, no quiero decir que no hay nada, hay centros que sí están listos para ello y hay otros que están en pleno proceso de implementación (...) en ese sentido, hay centros espaciosos, luminosos, bonitos, de colores, cosa que antes no existía. Hay cocinas, talleres, pero que no funcionan, un gimnasio que sí funciona, cancha de fútbol, áreas verdes, dependencias de funcionarios, hay piezas limpias, camas, duchas, pero abiertas, no separadas una por una, pero condiciones de higiene y seguridad cumplidas”*.

Otro problema práctico se encontraría, en algunos centros, en la calidad de la alimentación que reciben día a día los niños y adolescentes. En tal sentido, el reportaje antes citado describe, además, la alimentación que se entrega en el CTD Pudahuel: el desayuno, aproximadamente a las ocho de la mañana, consiste en una taza de leche, un pan con margarina y muy ocasionalmente queso o chanco. Alrededor de las doce es el almuerzo: una vez a la semana comen una cazuela con menudencias de pollo y otro día papas con vienas. Solamente cada quince días se come *“algo más decente, como un trozo de carne verdadera”*. Tipo seis de la tarde se repite la taza de leche y el pan con margarina; y a las siete, la misma comida del almuerzo, más una colación para la noche.

El problema central se encontraría tanto en la calidad del alimento como en la cantidad. Así, por ejemplo, de acuerdo a un funcionario del centro: *“está consignado en el libro de novedades que el pan de las colaciones llegaba con hormigas. Tenía unos seis días y si lo golpeabas contra una mesa sonaba como palo”*. Al final del año, las condiciones se tornan más precarias todavía. Según otro funcionario: *“a fin de año, la plata se comienza a acabar porque cada director de centro administra sus platas. Por ejemplo, si nos llegan niños con problemas alimentarios, ahí no podemos hacer nada. Si el número de menores que llega aumenta, lo único que nos queda es echarle agua a la sopa”*.

No obstante lo anterior, es posible constatar la existencia de esfuerzos en el aumento de la calidad del alimento, incluso respecto de los menores internos en cárceles públicas del país. Así, según un defensor entrevistado: *“la alimentación hace mucho tiempo es un logro de calidad, se hizo la diferencia incluso hasta en la cárcel. Se nota la diferencia con lo que comen los adultos. Con lo que no comen los adultos, mejor dicho. No obstante ello, hay algunas dificultades prácticas originadas por el encierro, como encierran muy temprano a los jóvenes, se les juntan las comidas a veces... es un tema complicado. Fuera de la cárcel, aunque los encierran también, se trata de alargar un poco más el tiempo para que tengan más actividades y por ello se separan más las comidas”*.

Ubicación geográfica y visitas

Un problema práctico se genera principalmente en la Región Metropolitana a partir de la lejanía en que se encuentran emplazados algunos centros de menores. Se trata de que hasta aproximadamente septiembre de 2005, dado el funcionamiento práctico del sistema, no existía un CERECO cerrado en la Región Metropolitana. Consecuencialmente, los menores eran ingresados a centros ubicados fuera de Santiago, a saber, al CERECO Antuhúe, en la Sexta Región; o al CERECO Lihúen, en la Quinta Región del país. La consecuencia directa de ello era que, dada la distancia con Santiago, la comunicación entre los menores y la familia se tornaba casi nula en razón del tiempo y los costos económicos que implica trasladarse a dichos centros.

Tal situación fue constatada por el diario *The Clinic*, a través de un reportaje realizado el 2005 sobre el centro Antuhúe, de la Sexta Región, al que denomina como un “Alcatraz” para niños. De acuerdo a la investigación, “el centro se encuentra al interior de la cordillera de la costa, a los pies de un cerro que cada invierno se cubre de nieve (...) la mayoría de los chicos son de Santiago, y cuando sus padres los van a ver, los días de visita, deben viajar 90 kilómetros hasta un cruce carretero cercano a Graneros y luego internarse 10 minutos por un camino de tierra sinuoso, sin ninguna construcción en kilómetros a la redonda. Cuando al final aparece Antuhúe con sus garitas de vigilancia y sus alambres de púa, impresiona por su aislamiento”⁹⁰.

⁹⁰ “Centro Juvenil Antuhúe: Alcatraz para Niños”. *The Clinic*, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, N° 153.

En el mismo sentido, según un abogado entrevistado, de la Corporación OPCIÓN, el problema es mucho más grave de lo que pareciera ser, puesto que la mayoría de los menores que se encuentran en Antuhué pertenecen a familias de escasos recursos, que no poseen automóvil para viajar al recinto y que deben hacer un esfuerzo enorme para pagar la locomoción a dicho lugar, así como para procurarse el tiempo del viaje. El resultado es que muy pocos menores son visitados por sus parientes, lo que, además, perjudica su tratamiento.

De acuerdo a otro entrevistado: *“Los jueces que han ido a Graneros mandan a los menores a Limache, porque no tienen corazón para mandarlos para allá. Graneros queda a una hora de Santiago, te vas en tren o bus, pero no queda en la ciudad, queda en las afueras, en un lugar que paradójicamente se llama “La Soledad”, en la punta de un cerro. En un auto cuesta mucho llegar, entonces, para las familias es imposible que lleguen y a los que llegan hay que prenderles una velita. Los chicos, entonces, se desvinculan de las familias, de las raíces, por un buen período de tiempo”*.

Acceso a la salud

Otra de las insuficiencias de los centros dice relación con la asistencia médica que se entrega a los menores. Si bien en la gran mayoría de las casas de menores existe formalmente una enfermería, por regla general ella sólo cuenta con capacidad para otorgar una prestación muy básica y de carácter ambulatorio, descartando de plano intervenciones más complejas. La falta de remedios y de personal especializado, es otro de los problemas frecuentes.

En tal sentido, un defensor público entrevistado sostuvo lo siguiente: *“el tema salud es bastante pobre, fundamentalmente porque faltan profesionales. Siempre hay una enfermería que está pensada para curar heridas solamente y ello es un problema serio para los presos en general, no sólo para los menores de edad. Se trata de un problema serio porque en condiciones de privación de libertad existe el riesgo permanente de conflictos, por lo que debe existir un sistema con capacidad de respuesta. Además, se trata de conflictos que no sólo son de salud física, sin que también de salud mental. Me da la impresión de que la atención no es lo personalizada que debería ser. En todo caso, hay algunas medidas paliativas para calmar a los jóvenes, como repartir algunos tranquilizantes, que a veces son necesarios, pero otras veces, no (...)”*.

De acuerdo a un abogado de la Corporación OPCIÓN, *“(…) las enfermerías son para cosas de cortes, aunque yo sé que sí les entregaban medicamentos a algunos menores. Hay diferencias entre chiquillos y chi-*

quillas, el funcionamiento no es el mismo. Así, en el COD Santiago sé que no hay enfermería, pero hay un enfermero que está ahí varias horas al día, en los CERECO yo nunca vi eso, no vi ese sistema. Ahora, esas enfermeras son para cosas primarias, en el fondo para primeros auxilios, nunca para cosas sofisticadas”.

La falta de un acceso idóneo a prestaciones efectivas de salud acarrea consecuencias nefastas para la vida e integridad física de los menores privados de libertad. Así, por ejemplo, en el centro Antuhúe de la Sexta Región del país, el sábado 14 de mayo de 2005 un menor fue trasladado de urgencia e inconsciente hasta el hospital de Rancagua. De acuerdo al informe de The Clinic, el menor llevaba una semana aproximadamente quejándose de intensos dolores abdominales y los funcionarios del centro habían diagnosticado una hernia inguinal, restándole importancia al asunto. Luego de ser operado en el hospital se descubrió que presentaba una “virulenta infección producida por una enfermedad venérea”. La madre del menor confirmó a los médicos que padecía de gonorrea y se ignora si hubo otros contagiados.

Por otra parte, el día 7 de mayo del mismo año un menor de la casa 1 del mismo centro se subió al techo del gimnasio aduciendo “estar sicoseado”. Los educadores lograron convencerlo de que se bajara del lugar, pero cuando volvió a su casa se cortó las venas. En el libro de novedades un educador anotó que el centro no contaba con botiquín para realizar las curaciones del joven.

Si bien el CTD Pudahuel cuenta con una enfermería permanente, no posee personal especializado a su cargo: sólo existe una auxiliar de enfermería común tanto para la sección de hombres como de mujeres. De acuerdo a la investigación realizada por La Nación, sólo en julio de 2005 se agregaron dos educadores para que ayudaran a cuidar a los pacientes, “dados los abusos constantes y la violencia que se vive adentro”. De acuerdo al coordinador nocturno del centro, Pablo Fuentes, el problema se origina porque nadie quiere hacerse cargo de los niños discapacitados mentales, con Sida, esquizofrénicos o de las niñas que se encuentran embarazadas, debido a que las instituciones colaboradoras del SENAME no quieren problemas, pues la subvención que reciben es muy limitada. La consecuencia de ello es que tales menores ingresan al CTD Pudahuel.

De acuerdo al reportaje, el tratamiento común para esos menores consiste en amarrarlos a sus camas con el objeto de evitar la generación de violencia durante sus crisis nerviosas, pues no tienen la preparación suficiente para enfrentarlos: han existido casos en que funcionarios del centro han terminado con lesiones de importancia, como

fracturas, derivadas de golpes propinados con palos. Hace algún tiempo existía en el centro una sala de aislamiento, que consistía en una sala de dos por dos, con sólo una cama y cordones para amarrar a los menores con crisis nerviosas. Sin embargo, la sala fue clausurada debido a que era inhabitable, pues, de acuerdo a un funcionario “no le cabía un hongo más. Era repugnante el olor ahí dentro”.

También se generan problemas relacionados con la carencia de una atención especializada. Así, por ejemplo, el estudio señala el caso de un menor que escapó del centro y fue a parar a una casa de acogida que estaba en posesión de su ficha médica. El menor relató “que le habían dado 2 pastillas y media en la enfermería de Pudahuel”, siendo que de acuerdo a su ficha médica, elaborada el 8 de mayo en el hospital Luis Calvo Mackenna, el joven sólo debiese haber tomado 1 pastilla y media de Clormazepina de 100 miligramos. Pocos días después del episodio, el menor intentó suicidarse en el interior del centro.

d. Violencia, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Al igual que en los recintos destinados a adultos privados de libertad, los centros de menores constituyen un espacio donde es posible constatar con frecuencia el uso de violencia física, tanto entre los menores entre sí como entre menores y gendarmes o funcionarios del SENAME. A continuación revisaremos las principales manifestaciones de ello.

Peleas

De acuerdo a todas las personas entrevistadas durante la investigación objeto del presente Informe, existiría cierta cotidianeidad en relación a las peleas que protagonizan los menores al interior de los centros del país, muchas de las cuales se verifican con armas que los jóvenes fabrican con materiales propios de las instalaciones del lugar, como maderos, fierros, cubiertos, rejas, etcétera.

Así, de acuerdo a un abogado de la Corporación OPCIÓN: “*la violencia física y verbal es habitual, cada cierto tiempo se están descubriendo armas fabricadas por los jóvenes, con cucharas, cuchillos, con algún fierro... los jóvenes son bastante creativos e inventan armas de cualquier cosa, pueden romper una reja chica y hacerse de un arma letal en todo sentido (...)*”.

En el mismo sentido, un Defensor Penal Público explicó que “*si bien es difícil generalizar, los cabros andan casi siempre con estoques, como en la Peni. Más encima, da la impresión de que en los centros tienen más acceso a esas cosas, como no están tan restringidos tienen más acceso a fierros, a palos, entonces, les es más fácil fabricar armas (...)*”.

Ilustrativo de ello es que con fecha 6 de mayo de 2005 se hizo un allanamiento a las habitaciones de los menores en el centro Antuhué, a través del cual se incautó una gran cantidad de “puntas” y “platinas”, ambas especies de armas fabricadas por los jóvenes para pelear entre ellos. Las “puntas” se utilizan una en cada mano, la más corta para bloquear el ataque y la “más larga es para atravesar al rival”. De acuerdo a un funcionario del centro los menores atacan directamente a los pulmones y dada la ferocidad con que se producen las peleas en muchas ocasiones deben ser derivados al Hospital de Graneros para atención médica⁹¹.

La situación es similar a la que viven los menores reclusos en cárceles públicas del país. De acuerdo a un defensor penal entrevistado: *“las peleas son cosa de todos los días... por ejemplo, yo tengo dos casos en que menores se quieren cambiar de pieza porque otro ‘gallo’ los tiene amenazados, sé de otro que tuvo una pelea con estoques con otro menor... hay bastantes peleas entre bandos, sobre todo entre los de Santiago y regiones”*.

Según hemos podido constatar, uno de los factores que influye de manera determinante en la generación de violencia dice relación con la rivalidad existente entre menores de Santiago y del resto de las regiones del país, convivencia que se materializa, por ejemplo, en los centros Antuhué y Lihuén, de la Sexta y Quinta Región respectivamente. Dicha rivalidad normalmente se materializa en peleas y agresiones físicas y verbales recíprocas entre ambos bandos de jóvenes, los que, en ocasiones, terminan con lesiones de mucha gravedad.

En tal sentido, un abogado entrevistado sostuvo que *“en Rancagua siempre se han producido problemas entre los chiquillos que son de Rancagua y los que no, los que son de Santiago. Si bien están separados por casas, de todas formas es un tema, hay peleas entre las casas, una casa se toma o agrede a la otra casa y se producen peleas que en algunos casos se convierten en motines, como uno que ocurrió hace poco en que estuvieron como cuatro horas quemando cosas (...)*.

Otra de las razones que explicaría el fenómeno radica en el aburrimiento generalizado de los menores durante su estadía en los centros. De alguna forma, el uso de la violencia se potencia cuando no tienen nada que hacer.

En este sentido, un entrevistado de la Corporación OPCIÓN explicó que *“las condiciones de los centros son en muchos casos en extremo*

⁹¹ “Centro Juvenil Antuhué: Alcatraz para Niños”. The Clinic, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, N° 153.

inhóspitas, como poco tiempo para que los menores estén en los patios y patios pelados en que no hay nada que hacer. Entonces, estas condiciones de aburrimiento generalizado generan la base de la violencia, al menos en Graneros (...).

Por último, y como señalamos anteriormente, muchos casos de violencia física entre menores se producirían en el carro celular –el llamado “carnicero”– que traslada a los jóvenes hacia los tribunales de justicia, pues la vigilancia de gendarmes durante el transporte es casi nula.

Tortura

Por otra parte, además de las peleas entre menores, la violencia sería utilizada con cierta frecuencia por los gendarmes o funcionarios a cargo del recinto, especialmente respecto de los menores de más edad, que son los más agresivos.

Cabe destacar que las agresiones de cualquier índole ejercidas por parte de gendarmes o funcionarios respecto de niños o adolescentes son constitutivas de tortura y, por ello, importan un delito criminal. De acuerdo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, constituye tortura “[t]odo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, el artículo 150 A del Código Penal recoge, aunque no en términos satisfactorios, dicha definición y la sanciona como delito.

Un entrevistado señaló al respecto: *“yo conozco cabros que me han dicho que el gendarme tanto les ha pegado a uno en el pecho... se comenta harto eso...sin embargo es más con los cabros de 16 ó 17, los que ya están con discernimiento, los otros que son más chicos, no causan tanto problema”*.

Otro entrevistado indica: *“yo creo que hay dos tipos de funcionarios, los que quieren ayudar a los chiquillos, los que juegan con ellos y son los buena onda y está el funcionario que encuentra que a estos ‘cabros’ hay que encerrarlos porque no sirven para nada. Y, en ese sentido, de esos últimos*

hay en todos lados. De los únicos chicos de que recibí información de maltratos (...) me acuerdo el caso de uno que está en Graneros, que el chico estaba con un ojo morado y se le atribuía al centro. En el centro dijeron que fue entre los mismos chicos, imposible probar nada”.

Una de las explicaciones a las agresiones cometidas por gendarmes o funcionarios se encontraría en la poca preparación que reciben para tratar, estar y resolver situaciones complejas en contacto con menores. Además, muchas veces los gendarmes no son mucho mayores que los menores que custodian, razón por la cual la rivalidad es más intensa y puede degenerar en violencia física.

Así, de acuerdo a un defensor penal: *“muchas de estas situaciones se originan por la infraestructura del lugar, que están o no preparados para ello. Además, el personal no está capacitado para trabajar con jóvenes, por ejemplo, muchos de los jóvenes son tres o cuatro años menores que los gendarmes, por lo que hay agresiones verbales y se termina imponiendo lo físico. Hay otro tipo de situaciones, que no conozco directamente, pero sí de afuera, en que se han detectado casos de abusos sexuales por parte de funcionarias a niñas, en Santiago (...)”.*

Un abogado experto en menores explicó que *“a nivel de la cárcel lo que ocurre es que una gran parte del poder lo tiene una institución, Gendarmería, pero el poder de peso lo ejerce la estructura delictiva y ello podría funcionar de manera armónica, pero requiere de conversaciones, sanciones formales, etcétera, pero en el caso de los menores de edad se suma el tema de que los gendarmes no están preparados para trabajar con ellos, por lo que los actos de violencia devienen como una forma de probar quién la lleva (...)”.*

Sin perjuicio de que muchos actores del sistema tienen conocimiento de los maltratos inferidos por funcionarios a menores, en la práctica las denuncias o acciones para la sanción de los presuntos culpables no prosperan, principalmente por la reticencia de los propios menores o de sus familias. Si bien existirían varias razones que explican dicha renuencia, una de ellas estaría constituida por el miedo a posibles represalias.

De acuerdo a un defensor penal: *“yo he tenido algunas conversaciones con familias y con jóvenes que por distintos motivos no han querido judicializar... el tema es serio porque existen abusos de funcionarios, yo tengo certeza de que se cometen en “el carnicero”, que por eso se llama así, en el traslado a tribunales, pero también hay en los centros y claramente hay en Puente Alto”.*

Según otro defensor entrevistado: *“tuve un caso el año pasado en que un menor de 16 ó 18 años se puso a hacer desorden y entró Gendarmería y al muchacho lo apalearon los gendarmes. No quiso hacer la denuncia, me*

dijo 'mire, no quiero tener problemas acá después', así que hablé con el Mayor para la denuncia. En el fondo se estaban portando mal, estaban jugando medio desordenados, gritando y entraron los gendarmes y le pegaron palos en el cuerpo. Estuve hablando con la mamá después, pero no hizo la denuncia (...)".

Aunque no es posible saber con certeza el número real de casos de tortura a niños y adolescentes por parte de funcionarios estatales, el sistema de control administrativo ejercido por el SENAME ha detectado entre el año 2003 y el mes de abril de 2006 un total de 40 situaciones de maltrato a menores en los centros bajo su dependencia, los que dieron lugar a igual número de sumarios administrativos.

De acuerdo a las cifras entregadas por dicha institución para el presente Informe, los resultados de tales procesos administrativos fueron los siguientes: 3 funcionarios fueron objeto de censura, 4 fueron sancionados con multa, 5 fueron suspendidos de sus funciones por un determinado período de tiempo que no excedió de tres meses, 7 funcionarios fueron absueltos de los hechos imputados, 5 fueron sobreseídos, 16 fueron sancionados con la destitución del cargo y 3 procesos se encuentran, a la fecha, pendientes.

Las siguientes figuras ilustran la anterior información, disgregada por Región del país y, luego, por sanción aplicada en relación al total:

Región	Nº de procesos por maltrato
I	1
II	1
III	0
IV	0
V	4
VI	8
VII	0
VIII	4
IX	7
X	1
XI	0
XII	0
RM	14
TOTAL	40

Cabe destacar que conforme al Estatuto Administrativo vigente, norma que regula los deberes, derechos y prohibiciones de los empleados públicos, la censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario y de la cual queda constancia en su hoja de vida mediante una anotación de demérito. La multa importa la privación de un porcentaje de la remuneración mensual del funcionario sancionado, la que no puede ser inferior a un 5% ni superior a un 20% de ésta. La suspensión, por su parte, consiste en la privación temporal del empleo con goce de un 50% a un 70% de las remuneraciones y la imposibilidad de hacer uso de los derechos y prerrogativas del cargo. La destitución, por último, implica el término de los servicios prestados de manera permanente.

Con todo, no fue posible constatar si los hechos que motivaron los sumarios administrativos por maltrato a menores fueron puestos a disposición del Ministerio Público o de la judicatura del Crimen para ser investigada la eventual responsabilidad penal de los funcionarios involucrados, cuestión a la que legalmente se encuentra obligado el SENAME⁹².

Motines

Otro de los escenarios donde se materializan altas dosis de violencia está constituido por los motines al interior de los centros y las acciones ejecutadas por Gendarmería para su represión. Luego de ellos es posible constatar normalmente un alto número de personas heridas, tanto menores como gendarmes o funcionarios.

Así, el día 6 de mayo de 2005 se produjo un violento motín en el Centro de Menores Antuhué, en la Sexta Región. El libro de novedades del recinto indica que “después de una serie de desmanes de parte de algunos jóvenes, el centro comenzó a vivir una larga y angustiante jornada de violencia y destrozo”. Los jóvenes del centro, “cuchillo en mano” redujeron a un educador, destrozaron las instalaciones y subieron al techo del recinto para prenderle fuego junto a frazadas y colchones. Posteriormente, tomaron a un menor como rehén e hicieron una serie de exigencias a la autoridad. El motín duró por aproximadamente ocho horas⁹³. De acuerdo a la investiga-

⁹² Así, de acuerdo al artículo 61 letra k) del Estatuto Administrativo, es obligación de cada funcionario público “denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario preste servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo”.

⁹³ “Centro Juvenil Antuhué: Alcatraz para Niños”. The Clinic, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, N° 153.

ción realizada por The Clinic, en dicho centro “cada semana hay por lo menos un motín que termina con la intervención de gendarmería y con heridos para ambos bandos”.

Al respecto, un abogado de la Corporación OPCIÓN explicó que *“cuando salió el reportaje de The Clinic, como ellos tuvieron acceso a todos los libros de registros de lo que pasa, empezó a quedar la embarrada y la gente nos decía que el nivel de violencia era mucho mayor del que imaginábamos, que todas las semanas entraba Gendarmería al Centro a contener a los cabros y no podían hacerlo (...)”*.

Cuatro meses después, el 6 de septiembre de 2005, se produjo un nuevo motín en Antuhué. De acuerdo a la información de prensa disponible,⁹⁴ los hechos comenzaron cuando un grupo de 20 adolescentes iniciaron una protesta contra el sistema carcelario y, además, exigieron el ingreso de alcohol y drogas al interior del centro conductual. El motín se inició con la quema de frazadas, ropa de cama, colchones y sillas que los menores sacaron de dos de los dormitorios del CERECO. Ante los hechos, se solicitó el apoyo a funcionarios del Grupo de Reacción de Gendarmería de Rancagua, quienes enfrentaron a los menores, dejando a tres de ellos con lesiones de diversa magnitud, provocadas tanto por los perdigones de goma disparados por los gendarmes como por la asfixia consecuencia del uso de bombas lacrimógenas. Un gendarme resultó lesionado en su pómulo derecho. Familiares de los menores internos reclamaron por el actuar del equipo especializado de Gendarmería por haberse excedido en el uso de la violencia utilizada en la represión del motín.

Celdas de castigo

Un primer problema se presenta en razón de la precariedad de las instalaciones de las celdas de aislamiento, castigo o segregación, las que importan, respecto de quienes son confinados en ellas un trato cruel, inhumano y degradante. Así, por ejemplo, en el centro Tiempo Joven la casa número cinco es la que se destina al aislamiento de los menores. Se trata de doce celdas individuales, de cemento, de dos por dos metros, con una puerta de fierro con una ventana de veinte por veinte centímetros. Las celdas son oscuras y la ventana se encuentra tapada por cartones desde afuera. Tienen mal olor, pues carecen de baño y cuentan con una pequeña cama pegada a la muralla.

⁹⁴ www.lun.com, 6 de septiembre de 2005.

De acuerdo a un abogado entrevistado: *“son ‘containers’ de mucho calor en verano y de mucho frío en invierno, absolutamente cerrados y oscuros; tienen además una ventanilla que sólo se puede abrir desde afuera y hay mucha humedad (...) ahí el régimen de castigo es bastante largo”..*

Otro problema se genera de la utilización de dichas celdas como medida de castigo. Desde un punto de vista normativo, tanto el Reglamento sobre Casas de Menores e Instituciones Asistenciales (Decreto N° 730), como el Reglamento aplicable a menores de edad internos en establecimientos administrados por Gendarmería de Chile (Decreto N° 553) contemplan como sanción posible de ser aplicada a un menor el aislamiento en celda solitaria⁹⁵ por un período máximo de cinco días. Como indicamos en Informes anteriores⁹⁶, no obstante ello, por medio de circulares el SENAME estableció que el aislamiento no puede exceder de 12 horas y debe necesariamente entenderse como una medida de protección y no como un castigo. La práctica, sin embargo, es que sean utilizadas como una medida sancionatoria respecto de quienes infringen las reglas de disciplina imperantes.

Así, por ejemplo, los menores involucrados en el motín del 6 de mayo de 2005, en el Centro Antuhué, fueron encerrados, a modo de sanción, en las “celdas de segregación” del establecimiento, donde permanecieron por aproximadamente 48 horas seguidas. El estudio de The Clinic las describe como “habitaciones de dos metros de ancho por uno de largo donde sólo cabe una cama”.

En tal sentido, cabe destacar que de acuerdo a Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, el principal instrumento internacional que regula más en detalle las condiciones carcelarias mínimas que deben satisfacer los recintos penales, “[l]as penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidos como sanciones disciplinarias” (Regla 31).

Por último, las celdas de castigo no sólo son utilizadas en la práctica como medidas sancionatorias, sino que, además, se utilizan como

⁹⁵ El artículo 84 del Decreto N° 730 establece que el Comité de Disciplina puede proponer al Director del centro la permanencia del menor en una “dependencia individual” por no más de tres días si se trata de un CTD y hasta cinco días, tratándose de un COD. A su turno, el artículo 40 letra h) del Decreto N° 553 prevé como sanción posible la “internación en celda solitaria” por un máximo de cinco días. Ambas normas prescriben que la celda o dependencia debe poseer condiciones adecuadas de luz, ventilación e higiene.

⁹⁶ Ver, especialmente, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (hechos de 2004).

una medida de protección “a favor” de algunos menores en circunstancias complicadas o desfavorables, esto es, son encerrados en dichas celdas como mecanismo de tutela.

Así, de acuerdo a un abogado de OPCIÓN, *“las celdas de aislamiento son bastante pequeñas, con muy poco espacio y totalmente oscuras... lo peor de todo es que las usaban no sólo como castigo sino como un aislamiento a menores para que otros no los agredieran. En Graneros había ‘cabros’ que estaban ahí por una suma de malas suertes y no podían resistir a los otros menores, entonces, los tenían todo el día ahí, en la celda de castigo, porque no había otro lugar donde dejarlos (...)”*.

En el mismo sentido, según el libro de novedades del Centro Antuhué, el 21 de febrero de 2005 un menor fue sorprendido cortándose las venas y fue enviado a una celda de segregación para su “rehabilitación”.

Sobre este punto, Francisco Estrada, jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia sostuvo que *“nosotros revisamos esas piezas, como la casa cinco de Tiempo Joven, y ahora son bastante diferentes. Antes tenían una superficie metálica sobre la cual se ponía la ropa de cama y mala iluminación. Ahora es diferente. No me parece que sean equivalentes a una celda de castigo, me parece injusto calificarla como una celda de castigo de aquellas que el recurso de amparo del año 2002 estableció como incompatibles con los derechos fundamentales”*.

e. Ineficacia de la rehabilitación

De acuerdo a nuestra legislación vigente, la que incluye tanto a la normativa interna aplicable a menores como a los instrumentos internacionales sobre la materia, los menores privados de libertad deben tener acceso a actividades y programas útiles que posibiliten su sano desarrollo y dignidad, así como la entrega de destrezas y conocimientos mínimos que permitan aumentar sus posibilidades futuras como miembros de la sociedad⁹⁷. Para dar cumplimiento a tal objeto, SENAME mantiene en ejecución diferentes proyectos de apoyo a la reinserción social de los menores⁹⁸, la mayoría de los cuales, por regla general, resultan poco idóneos e ineficaces, por diferentes razones.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, los artículos 12 y 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; y los artículos 1 y 2 del Reglamento sobre Casas de Menores e Instituciones Asistenciales.

⁹⁸ Una descripción de ellos se encuentra en el Informe Anual sobre Derechos Humanos 2005 (hechos de 2004).

Una de ellas, transversal a los sistemas de rehabilitación tanto de menores como adultos, radica en la escasez de los recursos necesarios para una implementación efectiva y útil de los talleres de apoyo. Así, por ejemplo, en el Centro Antuhué los materiales para los talleres muchas veces son costeados por los propios funcionarios del recinto y no alcanza más que para unas cuantas cartulinas y algunos lápices para colorear. De acuerdo a un funcionario, *“cuando pedimos más fondos, el SENAME nos dice que no corresponde porque los niños deben pasar poco tiempo en el centro”*⁹⁹.

Por otra parte, en la mayoría de los casos los talleres son poco motivantes para los menores, lo que provoca que la mayoría no asista a ellos puesto que son voluntarios. Además, es posible constatar un diseño insuficiente para otorgar a los jóvenes destrezas y conocimientos útiles que luego puedan desarrollar en el medio libre, esto es, se trata de actividades poco idóneas para su utilización en el futuro.

En tal sentido, un entrevistado sostuvo que *“en los COD hay pequeños intentos de resocializar, hay colegio y talleres, pero no son buenos porque no trabajan con los intereses de los cabros. Hay programas del año veinte, como de bordado, pintura, carpintería y si tú hablas con ellos no les interesan en lo más mínimo, prefieren pasar ocho horas pateando piedras en el patio en vez de estar en cosas que no les interesan”*.

De acuerdo a otro entrevistado, *“(...) hay talleres de pintura, de cuero...nada que les haga o les pueda servir para armar una pega, formar una vida o dedicarse a eso. En Santiago hay talleres de pastelería, pero es del queque que hace tu mamá, no hay nada que realmente haga una diferencia a futuro”*.

Paradigmático de lo que venimos señalando es la situación del Centro Antuhué, develada por la investigación de “The Clinic”. El reportaje describe a un menor de diecisiete años que, en un taller artístico, debe colorear un dibujo de Tribilín mientras se fuma un cigarro, y una vez que termina, pide más material y le informan que no quedan. Además, en dicho centro los cursos de nivelación fueron instaurados a principios del 2005, pero resultaron un completo fracaso dado que los menores no van a las clases y, en la medida de que el SENAME entrega fondos para ello dependiendo de la asistencia, en la práctica estarían destinados a desaparecer.

Según un abogado de la Corporación OPCIÓN, *“formalmente existen objetivos de rehabilitación, pero en la práctica, por lo menos en condi-*

⁹⁹ “Peras con Manzanas”, La Nación Domingo, semana del 18 al 24 de diciembre de 2005.

ciones de privación de libertad, la mayoría de los objetivos declarados son nominales puesto que el objetivo real es que los cabros hagan algo, que no se aburran tanto y que se porten lo mejor posible el tiempo que van a estar en el centro”.

El mismo entrevistado señala: “(...) mira... me acuerdo de un caso puntual que refleja esto, del Centro Santa Inés, que es el único semi cerrado, el cabro estaba ahí por seis meses y delinquiró el último fin de semana antes de terminar el proceso y lo mandaron a Antuhué y hablé con él y me quedó súper claro que los centros de rehabilitación fallan. Él me contó que tuvo que robar porque iba a nacer su hija en Viña, el cabro tenía quince y la lola creo que dieciséis, él ya había sido expulsado del colegio y había tratado de trabajar los fines de semana, pero no podía trabajar porque era menor de edad y no estaba en el colegio, entonces, es claro que deberían haberse trabajado cosas con él, como una terapia psicológica, por ejemplo, o algo de responsabilidad o educación en materia de derechos reproductivos, que es lo que está detrás de todos los embarazos en adolescentes (...)”.

Según otro entrevistado, “los menores tienen acceso a televisión regulada, tienen revistas, pero de un nivel muy básico. Hay cabros que son semi analfabetos y otros que no son de ese perfil y muchos más con intereses en cuestiones más elevadas. En lectura, por ejemplo, se quejaban de que los materiales eran para niños muy chicos, puras cosas para colorear (...)”.

De acuerdo a Alejandra Riveros, de la Dirección Nacional del SENAME, los talleres de rehabilitación no funcionan porque “hay un espacio destinado para el taller, pero no hay un monitor destinado a trabajar. Razones pueden haber muchas, por ejemplo, la falta de materiales. En términos de calidad no están en lo óptimo, podría hacerse mucho más. Podemos invertir, y esa es nuestra preocupación para el futuro, y tener más visión de lo que el mercado laboral espera. Si los queremos reinsertar no los pongamos a todos a trabajar en madera (...) debemos recoger más de lo que la sociedad espera de los jóvenes hoy, con cosas computacionales, por ejemplo, telefonía, o hasta un DJ, o sea, hay muchas posibilidades”.

En el caso de los menores privados de libertad en cárceles públicas el panorama suele ser mucho más desalentador: la regla general es que no existan programas ni talleres destinados a la rehabilitación ni incluso a la entretención de los menores, los que se sujetan en lo medular al régimen diario de vida de los adultos.

De acuerdo a un entrevistado, “en las cárceles no hay nada, les pasan un par de materias a los que quieren, a los voluntarios, pero no va nadie porque la verdad es que no hay incentivo alguno en las condiciones en que ellos se encuentran. (...) La verdad es que la cárcel cumple el objetivo primario de tenerlos encerrados, privados de libertad, que no salgan”.

Según un defensor penal entrevistado, *“en las cárceles el problema es mucho más serio porque se trata de un espacio que ni siquiera tiene la intención de trabajar con menores de edad...ciertamente los tiempos para los jóvenes se hacen mucho más largos (...)”*.

De acuerdo a otro entrevistado, *“el acceso a la cultura por parte de los jóvenes es bastante pobre y en la cárcel es prácticamente nulo... en algunos casos han tenido acceso a películas, que son generalmente violentas, algo de trabajo de talleres, pero no tienen una oferta que les permita ocupar el tiempo libre de la manera que ellos crean más adecuada. En Tiempo Joven había más cosas, pero nada espectacular, pues hay bastante pobreza en eso”*.

Según hemos podido constatar, existe un cierto consenso generalizado acerca de que si bien la rehabilitación fracasa en los centros de menores, los programas que se desarrollan en el medio libre suelen ser mucho más eficaces en términos de resultados. Éstos son los denominados Programas de Intervención Ambulatoria (PIA), los que se desarrollan fuera de los centros y en donde se encuentra la mayor cantidad de menores atendidos por el sistema, a saber, 3.768 jóvenes al 30 de septiembre de 2004. Estos programas consisten en la sujeción del adolescente al control de un delegado, decretado por el tribunal de menores, al que se agrega una intervención u orientación socio educativa, para que tenga acceso a programas y servicios comunitarios que favorezcan su reinserción social. Los PIA involucran a diversos sistemas de atención, como la libertad vigilada y el sistema de rehabilitación conductual diurna (Sidtel).

En tal sentido, un abogado de la Corporación OPCIÓN sostuvo que *“si bien hay un problema serio de acceso a la información, pues SENAME ha evaluado los programas pero se desconocen los resultados, mi impresión es que los programas al aire libre generan aspectos más positivos en los jóvenes que los en condiciones de encierro, o sea, mi experiencia es que dentro de los jóvenes privados de libertad muy pocos se rehabilitan, son muy pocos los que después no siguen siendo parte del sistema penitenciario, cuestión que no ocurre con los del medio libre”*.

La eficacia de los programas de rehabilitación puede medirse a partir del número de menores que reingresan al sistema de menores. Por regla general, ello se produce por orden de un tribunal competente, pero también por derivación de los sistemas de diagnóstico a otros sistemas de atención al interior de la red de menores.

De acuerdo a un estudio desarrollado por el SENAME en febrero de 2005¹⁰⁰, durante el período 1990-2002 la red SENAME atendió a

¹⁰⁰ “Efectos de los programas del SENAME en la Integración Social de los Niños y Niñas”, SENAME, febrero de 2005.

un total de 418.451 casos, de los cuales 107.702 menores –un 26%– registra más de un ingreso a alguno de los sistemas de atención, presentándose una media de 2,5 reingresos. Por otra parte, el 40,9% de los egresados del área de Responsabilidad Juvenil, esto es, casi la mitad del total, presenta más de un ingreso a la Red SENAME, mientras que en el área de Protección de Derechos éstos llegan a 32,3%; y en los sistemas de diagnóstico de ambas áreas, a un 15,9%.

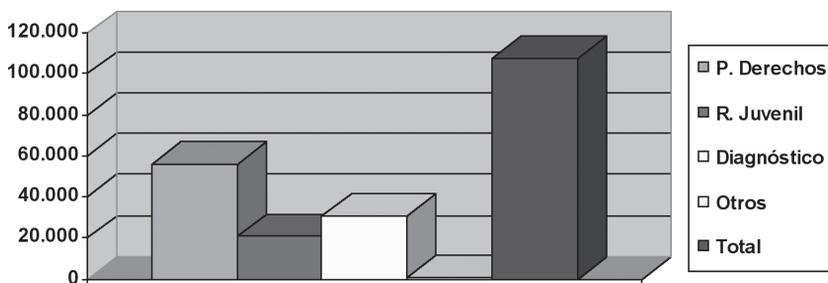
La distribución del 26% de niños y niñas que reingresa al sistema, según área de atención, se muestra en la siguiente tabla comparativa:

Área	Egresados	Reingreso	% que reingresa	% que no reingresa
Protección de Derechos	174.030	56.125	32.3% (52.1%)	67.7% (117.905)
Responsabilidad Juvenil ¹⁰¹	50.484	20.624	40.9% (19.1%)	59.1% (29.860)
Diagnóstico	192.820	30.747	15.9% (28.5%)	84.1% (162.073)
Otros/ sin datos	1.117	206	18.4% (0.2%)	81.6% (911)
Total	418.451	107.702	25.7% (100%)	74.3 (310.749)

Por otra parte, la distribución según área de atención de origen y de destino de los casos que presentan reingresos a la red, es la siguiente: el 52.1% de quienes ingresan por segunda vez ha egresado del área de Protección de Derechos; el 19.1% lo ha hecho desde el área de Responsabilidad Juvenil; el 28.5% ha egresado desde los sistemas de diagnóstico; y el 0.2% lo ha hecho desde Proyectos. El número de reingresos según área de atención desde la cual egresan, es el siguiente:

Considerando el área de destino, de acuerdo a las mismas cifras del SENAME, el 26% de casos con reingreso se distribuye de la siguiente forma: el 43.5% de quienes ingresan por segunda vez lo hace al área de Protección de Derechos; el 17.8% ingresa al área de Responsabilidad Juvenil; el 37% a los sistemas de diagnóstico; y el 1.7% ingresa a Proyectos. Ello es ilustrado por medio de la siguiente figura:

¹⁰¹ Porcentaje respecto del área de egreso. Entre paréntesis aparece el porcentaje respecto del total de casos con reingresos.



f. Abuso sexual

Otro de los problemas que con frecuencia es posible constatar en los centros de menores está constituido por la existencia de abusos sexuales cometidos entre los propios internos. Si bien el origen de tales conductas depende de una multiplicidad de factores, al menos influirían en su generación la falta de infraestructura de los centros, en la medida que no proveen de espacios de intimidad acordes a la etapa de vida de los menores; y la propia subcultura de la privación de libertad, donde el ejercicio del poder generalmente se encuentra asociado a la subyugación física de los más débiles.

Así, un abogado experto en menores explicó este problema de esta forma: *“las razones no son muy claras, pero algunas evidencias tienen que ver con lo antinatural que es el espacio de la privación de libertad, si tú te das cuenta, esto no sólo pasa en las cárceles, sino también en los centros de menores, se da en cualquier tipo de espacio en que se está con personas en un espacio pequeño por algún tiempo.”...*

En el Centro Antuhué, este tipo de conductas se encuentran registradas en los libros de novedades del centro, donde se anotan los principales acontecimientos de cada día. De acuerdo a ellos, por ejemplo, el 3 de febrero de 2005 un educador escribió que en una habitación descubrió a cinco menores tratando de violar a otro. El 26 de febrero del mismo año, otro funcionario anotó que había encontrado a un joven desnudo “intimidado y con magulladuras en la espalda”¹⁰².

Según un entrevistado *“se saben de situaciones así, de abusos o violaciones de varios contra uno solo, del más grande contra uno chico, eso existe por lo menos en el centro de Graneros... en los otros se da, pero es algo difícil de captar”*.

¹⁰² “Centro Juvenil Antuhué: Alcatraz para Niños”. The Clinic, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, N° 153.

De acuerdo a lo señalado por un funcionario de dicho centro, hay una decena de niños que funcionan como mujeres para los demás internos del recinto, usan ropa ajustada y hablan con tono femenino, y se les denomina, en la jerga juvenil, como “los huecos” o “las señoras”. Muchos de estos adolescentes adoptan ese rol de manera obligatoria, como forma de autoprotegerse, pues así evitan ser golpeados y alcanzan la protección de los más fuertes. De acuerdo a la misma investigación periodística, durante el año 2004 el libro de la casa 2 registró que dos menores dormían juntos en la misma habitación, con las camas unidas y se comportaban como pareja, en una relación marcada por la dominación: uno era “el hombre”, el que podía someter al otro, “su mujer”. En el mismo sentido, en febrero de 2005, los libros registraron que, al parecer, uno de los menores más violentos se encontraba “formando a una señora”, pues lo golpeaba repetidas veces y lo obligaba a obedecer sus órdenes.

g. Drogas

Así como ocurre en las cárceles destinadas a adultos¹⁰³, en los centros de menores el consumo de drogas ilícitas en su interior es una práctica que se verifica con cierta frecuencia. Los menores consumen constantemente drogas, las que obtienen de diferentes maneras: por medio de las visitas de sus familiares, por parte de los propios funcionarios del recinto o gracias a que se las arrojan desde las afueras del establecimiento en aquellos centros ubicados al interior de las ciudades.

Al respecto, un abogado entrevistado explicó que “*los cabros consumen drogas adentro, no se sabe de dónde las sacan, o de las visitas o de los propios educadores, en todo caso ellos insinúan que son los propios educadores quienes se las proveen*”.

En el CTD Pudahuel el consumo de drogas por parte de los menores se acentúa en la medida de que éstos no tienen ninguna restricción en la práctica para salir del centro, comprar sustancias prohibidas y luego regresar. Ello se debe, según los propios funcionarios del establecimiento, a que éstos evitan entrar en contacto con los menores para evadir eventuales sumarios administrativos: denuncian que el más mínimo contacto físico con los jóvenes es catalogado de violencia por ellos y da lugar a una investigación administrativa, que dura en promedio un año y durante la cual los trabajadores sólo reciben el sueldo base, que muchas veces no supera los

¹⁰³ Ver Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (hechos de 2004).

cien mil pesos, pues no se pagan las horas extras. Producto de esta reticencia de los funcionarios, una gran parte de los menores salen del establecimiento por los techos, compran lo que necesitan y luego consumen las sustancias en su interior. Un trabajador del recinto señala que *“ha habido sumarios internos por el consumo de drogas al interior del centro. En varios casos, las ingresan con facilidad o se las lanzan desde afuera sus conocidos”*.

h. Privación de libertad al margen de la ley en Centros de Tránsito y Distribución

A pesar de que la Ley de Menores introdujo hace unos años una clara distinción entre los CTD, destinados al diagnóstico y acogida de niños y adolescentes necesitados de protección, y los COD, destinados a la privación de libertad de adolescentes infractores de ley penal detenidos o sometidos a examen de discernimiento, esta distinción, dirigida especialmente a terminar con la privación de libertad del primer grupo de niños y adolescentes, se ve burlada porque algunos de los CTD de hecho funcionan en condiciones de privación de libertad.

El problema parece darse especialmente respecto de dos tipos de situaciones: primero, la de los menores de edad inimputables sospechosos de cometer un hecho delictivo y; segundo, la de los menores considerados en “desajuste conductual”, aun si no han cometido hecho delictivo alguno. Respecto de ellos, ya desde el momento del “diagnóstico” algunos jueces de menores y, más recientemente, jueces de familia, exigirían a Sename condiciones de internación que aseguren la permanencia de estos niños y adolescentes en el centro, ya sea para lograr concluir el diagnóstico, ya para mantenerlos por un tiempo más o menos indefinido encerrados en los CTD. De esa manera, el régimen y la infraestructura de algunos de estos CTD han conservado un carácter privativo de libertad¹⁰⁴, contradictorio con las definiciones legales.

¹⁰⁴ Que, desde el punto de vista de los Derechos Humanos de los niños, se trata de centros privativos de libertad, es algo queda de manifiesto de la lectura de la regla 11, b) de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (“Reglas de Riad”, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1990 y tenidas en cuenta por nuestra normativa interna –el Reglamento de Gendarmería para las secciones de menores de las cárceles de adultos- y jurisprudencia): según esta regla, “Por privación de libertad se entenderá toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Una parte del problema se supone debería resolverse con la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que regula la posibilidad de privar de libertad a adolescentes de entre 14 y 18 años, cuando son imputados o condenados por delitos que permitan medidas cautelares o penas de esa naturaleza. De hecho, desde hace unos años, y adelantándose a la futura vigencia del entonces proyecto de ley, SENAME comenzó a aplicar esos límites de edad a sus CERECO privativos de libertad. Sin embargo, el caso de los menores de catorce años, particularmente cuando son autores de delitos graves, desde hace un tiempo viene siendo objeto de una práctica de encierro encubierta, fundamentalmente mediante el endurecimiento del régimen y la introducción de reformas de infraestructura al CTD Los Acacios, de la Región Metropolitana.

Francisco Estrada, Jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia, reconoce este problema, explicando la habilitación del CTD Los Acacios por parte de SENAME como un pie forzado impuesto por los jueces: “[l]as paredes son muy altas, sí, me parece que ahí es como complacer a los jueces. Ahí el Sename ha cedido a una presión de la judicatura en torno a los menores de 14 años que han cometido delito y los adolescentes que se han vulnerado sus derechos y que requieren estar privados de libertad tengan ese espacio. Lamentablemente estos criterios han sido mantenidos por la judicatura de familia, han mandado a niños allá, bajo la premisa de que solamente internados es posible diagnosticarlos”.

Según el mismo Francisco Estrada, el problema se agrava porque, si bien un centro como el CTD Los Acacios fue pensado para casos de delitos muy graves y por estadías breves, mientras se buscaba una derivación en el sistema de protección “hay presión para que lleguen ahí por estar en la calle... yo he visto causales de homicidio, claro, donde los jueces de familia pedían espacios de contención más fuertes... pero últimamente he visto causales que no son ninguna maravilla... [además] hay chicos que llevan meses, hasta un año.”..., situación por la cual hace responsables especialmente a los jueces del primer, segundo y tercer juzgado de familia, que “han sido majaderos” en esta política.

Los plazos prolongados de privación de libertad (al margen de la ley) son especialmente graves si se considera que a estos niños no se les reconoció ninguna garantía que permita asegurar que realmente participaron del delito por el cual se les consideró sospechosos. Como lo reconoce la asesora de la Dirección Nacional del SENAME, Alejandra Riveros, “no tuvieron un debido proceso”, es decir, ni defensor, ni la posibilidad de demostrar su inocencia en un juicio justo. Pero esta situación no parece preocupar a algunos jueces de familia que, según Francisco Estrada, “pese a haber perdido recursos de amparo, se-

guían mandando a menores de la calle a los COD derechamente. En sus palabras, ella quería tenerlos presos, niños que no habían cometido delitos". Varios de estos casos afectan a niñas, internadas por razones de protección, o por delitos –a veces tan leves como un hurto– cometidos siendo menores de dieciséis años, en el COD Santiago.

Fuera del caso del CTD Los Acacios, el problema de la privación de libertad al margen de la ley también se mantiene en alguno de los viejos centros de protección, como el CTD Pudahuel, que, con menos medidas de seguridad, sirve como un recurso para el encierro encubierto de niños y adolescentes en situación de desprotección, con problemas conductuales o sospechosos de delitos más leves. Así, en este centro, en el cual los adolescentes deben permanecer obligatoriamente mientras no los egrese el tribunal, se han incorporado alambres de púas y rejas más altas, lo que Francisco Estrada también atribuye a *"estrategias que se han hecho por parte de la judicatura... por presión de [jueces de] familia"*.

La situación no tiene, entonces, visos de cambiar con la introducción de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Pues si bien ésta incorpora importantes garantías que el Estado debe respetar antes de privar de libertad a un adolescente mayor de catorce años, de manera que ello sólo ocurra respecto los que cometieron delitos graves y tuvieron la oportunidad de alegar su inocencia y defenderse en un juicio, será una ley impotente para ofrecer lo mismo a niños menores de catorce años a quienes un parte policial o una simple denuncia considere autores de un delito o, incluso, para un niño o adolescente en situación de desprotección al que algún juez de familia considere necesitado de diagnóstico y control en uno de los establecimientos que SENAME mantiene, dentro de la línea de "protección", pero con características de centro carcelario o privativo de libertad, en contradicción con su diseño legal.

V. CAUSAS DE LA PERSISTENCIA DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS INTERNOS

El problema de las condiciones carcelarias es un fenómeno que se arrastra desde hace décadas, por lo que algunas autoridades derechamente hablan de un problema histórico¹⁰⁵. De los análisis que se han

¹⁰⁵ Ver, Arellano, Jaime; Reforma Penitenciaria: El Caso del programa de Concesiones en Infraestructura Penitenciaria en Chile. pp 1.

realizado, se puede desprender que una de las principales razones que motivan el problema de las condiciones carcelarias es el déficit en la infraestructura. Sin embargo, el problema es más complejo y las razones variadas, puesto que las falencias que presenta el sistema penitenciario chileno no sólo pasan por el hacinamiento. En efecto, las falencias pueden ser agrupadas en tres grandes núcleos problemáticos. Se trata, en primer lugar, del hacinamiento; en segundo lugar, de la constatación de una práctica habitual de apremios ilegítimos a reclusos; y, en tercer lugar, de la corrupción de gendarmes.

El primero, por supuesto, es un problema originado por la carencia de infraestructura necesaria para satisfacer niveles aceptables de vida al interior de los penales y, los dos últimos, de un conflicto que tiene que ver con fenómenos que se producen dentro del sistema de ejecución de la pena y en niveles diferentes al de la infraestructura, como son la normativa aplicable en materia de ejecución de la pena, las condiciones laborales de los Gendarmes y la inutilización por parte de los jueces de garantía de la visita a las cárceles como mecanismo de control.

En las líneas que siguen, revisaremos las otras razones –diferentes a la infraestructura– que permiten explicar la práctica habitual de apremios ilegítimos contra los reclusos y las prácticas de corrupción por parte de los funcionarios de Gendarmería. Se trata, como se dijo, de motivos que están en distintas dimensiones del sistema de ejecución de la pena, pero que en su conjunto contribuyen a explicar este fenómeno de vulneración de garantías. En primer término, explicaremos cómo la normativa existente en materia de ejecución de la pena contribuye para que se produzcan abusos penitenciarios; luego, y en el mismo sentido, las condiciones laborales de los gendarmes y, en tercer término, se explicará cómo la visita de cárceles efectuada por los jueces de garantía en la práctica no es utilizada como un mecanismo de control de protección para los presos e imputados.

A) Sistema de ejecución de la pena y garantías judiciales. Aspectos normativos.

Como es de conocimiento público, a partir del 16 de junio del año 2005 entró en vigencia en la totalidad del territorio chileno un nuevo modelo de justicia criminal, la denominada reforma procesal penal, cuyo objetivo central radicó en el aumento sustancial de las garantías de que hasta ese momento gozaban las personas en contacto con el sistema penal, cualquiera fuera la calidad procesal en

que se encontrasen. La justificación principal del cambio de paradigma tuvo como fundamento central el compromiso internacional asumido por el Estado chileno en materia de respeto y promoción de los derechos humanos luego del retorno a la democracia, compromiso materializado principalmente por medio de la suscripción de diferentes instrumentos internacionales sobre la materia. El nuevo sistema procesal, entonces, constituyó un esfuerzo por adecuar la legislación procesal penal a las garantías judiciales fundamentales contenidas en tales instrumentos, pudiéndose constatar en la actualidad un consenso bastante general en la comunidad acerca del cumplimiento de tal propósito.

No obstante ello, la reforma al sistema penal no fue completa. En efecto, las modificaciones legislativas sólo tuvieron por objeto una parte del sistema –el procedimiento a través del cual se decide la eventual sanción o absolución del imputado– dejando de lado, en términos generales, el escenario posterior a la decisión de condena: la ejecución de la pena, esto es, la forma en que la sanción penal se materializa en la práctica. Si bien, como veremos en lo que sigue, algunas instituciones específicas de la reforma procesal han incidido favorablemente en un aumento de las garantías de los internos, especialmente en la medida que permiten una mayor injerencia de la judicatura en el control de las decisiones de las autoridades penitenciarias, se trata, en general, de hipótesis concretas cuyo alcance práctico es más bien limitado. Por ello, es posible afirmar que el sistema penitenciario chileno, su normativa y funcionamiento práctico, se ha mantenido al margen del proceso de reestructuración en materia de respeto y protección de derechos fundamentales.

En tal contexto, el objeto del presente capítulo consiste en examinar ciertos aspectos de la normativa que regula en Chile el sistema de ejecución de la pena, a la luz de las exigencias mínimas de respeto a los derechos humanos, contenidas éstas tanto en instrumentos internacionales obligatorios como en nuestra Constitución Política. Se trata, en definitiva, de constatar si las normas que reglan el sistema penitenciario chileno se adecuan o no, y en qué medida, a los mandatos contenidos en tales instrumentos. La importancia del análisis radica en que muchos de los problemas que se originan al interior de las unidades penales, los que han sido constatados tanto en este Informe como en ediciones anteriores¹⁰⁶, se explican en razón de la deficitaria normativa penitenciaria de nuestro país.

¹⁰⁶ Ver, especialmente, el Informe sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (hechos de 2004).

No obstante la multiplicidad de complicaciones que dicha normativa genera en la práctica, nos referiremos fundamentalmente a uno de los aspectos más problemáticos detectados en investigaciones anteriores y que impacta fuertemente en la vida diaria de los reclusos, a saber, el régimen disciplinario imperante en las unidades penales del país.

1. Marco normativo general

Una primera aproximación al presente análisis consiste en enunciar el conjunto principal de normas que incide directa o indirectamente en el régimen a que se encuentran sujetos los individuos en contacto con el sistema penitenciario y su relación desde el punto de vista jerárquico, esto es, su vinculación de precedencia entre unas y otras en caso de contradicción entre sus mandatos.

En nuestro derecho interno, la norma que regula el régimen penitenciario es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP), contenido en el Decreto Supremo N° 518 del Ministerio de Justicia, dictado el 22 de mayo de 1998 y publicado en el Diario Oficial con fecha 21 de agosto del mismo año. En concreto, dicho reglamento sistematiza toda la actividad penitenciaria y a su contenido se obliga tanto Gendarmería de Chile como las personas en contacto con el sistema. Así, por ejemplo, establece los principios generales a que se sujeta la dirección de las unidades penales; sus tipos o clases; consagra los derechos y obligaciones de los internos; prevé las faltas disciplinarias, las sanciones asignadas a su comisión y el procedimiento de su aplicación; establece la regulación de las actividades para la reinserción social de los reclusos; e instituye los órganos que intervienen en la administración de las cárceles, sus atribuciones y obligaciones; entre las materias más importantes. En definitiva, es la norma que sirve de guía tanto para gendarmes como para internos, abogados y jueces en sus actuaciones relacionadas con el régimen carcelario.

Además del Reglamento, se vinculan con el sistema penitenciario, aunque en menor medida y sólo respecto de materias específicas, tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal, ambas normas de carácter legal. Por último, se encuentra la Constitución Política de la República, cuya relación con el sistema carcelario radica fundamentalmente en la consagración de derechos fundamentales respecto de todos los individuos, tanto en libertad como en condiciones de reclusión.

Cabe destacar que entre las normas antes individualizadas existe

normativamente una relación de subordinación, dada la diferente jerarquía formal de que gozan al interior de nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Reglamento Penitenciario debe someter sus normas tanto a la ley como a la Constitución, reglas jerárquicamente superiores. La ley, por su parte, sólo sujeta su contenido a la carta fundamental, que se encuentra en la cúspide del sistema normativo.

Por otro lado, desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe un conjunto de normas que, en mayor o menor detalle, dicen relación con el sistema penitenciario. Entre las más importantes, cabe destacar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, adoptadas en 1955 y ampliadas posteriormente en 1977 y 1984; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o de Encarcelamiento (1988); la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1988); y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (1990). Sin perjuicio de ellas, existen, además, tratados internacionales sobre derechos humanos que sin referirse específicamente a materias carcelarias, consagran, al igual que nuestra Constitución Política, principios, directrices y derechos fundamentales específicos respecto de todo tipo de individuos. Entre los más relevantes, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1991).

Cabe destacar que todos los instrumentos antes indicados resultan obligatorios para el Estado Chileno, especialmente los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes, los que en conformidad a nuestra Constitución Política se entienden incorporados a ésta. La consecuencia específica de ello radica en que sus normas gozan de mayor jerarquía formal que las reglas contenidas en el Reglamento Penitenciario y, por ello, en caso de contradicción entre ambas, los jueces deben aplicar las primeras, a saber, aquéllas contenidas en instrumentos internacionales en vigor, como los tratados antes indicados.

2. El sistema disciplinario

Como ya explicamos, sin perjuicio de otros aspectos problemáticos que presenta la normativa carcelaria en nuestro país, centraremos el presente examen en el sistema disciplinario previsto en el Reglamento, puesto que es con ocasión de su aplicación donde es

posible constatar la mayor parte de las transgresiones a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Para ello, en primer término, revisaremos brevemente la normativa que desarrolla tanto las faltas susceptibles de ser cometidas por los internos, como las sanciones asignadas a su comisión y el procedimiento a través del cual dichas sanciones son aplicadas. Luego, contrastaremos tal regulación con los estándares mínimos exigibles en materia de derechos humanos con el objeto de medir el grado de adecuación de éstas a aquéllos.

2.1 Régimen de castigos

En términos generales, y para una mejor comprensión del régimen de disciplina previsto por el Reglamento, revisaremos la normativa aplicable diferenciando, para estos efectos, dos grandes grupos de normas. En primer lugar, aquellas que establecen los márgenes dentro de los cuales se desarrolla la actividad penitenciaria, que comprende, por cierto, el régimen de disciplina imperante en los penales; y, en segundo lugar, las reglas más específicas que regulan las faltas –conductas prohibidas– y sus respectivas sanciones.

El primer grupo normativo corresponde a verdaderas directrices que orientan el desarrollo de la actividad verificada por Gendarmería de Chile, los límites, en definitiva, impuestos a la administración penitenciaria en el ejercicio de sus funciones, en este caso, su potestad sancionadora. En términos generales, y en lo que concierne a este punto, el Reglamento establece como principio rector de la actividad penitenciaria la exigencia de desarrollarse con las garantías y dentro de los límites impuestos por la Constitución, leyes, reglamentos y Tratados Internacionales vinculantes (artículo 4). Además, prevé que su aplicación no puede verificarse de manera desigual o arbitraria (artículo 5) y reconoce expresamente que ningún interno puede ser sometido a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni ser objeto de un rigor innecesario en su aplicación. Por otra parte, establece la obligación de Gendarmería de Chile de velar por la vida, integridad y salud de los internos, debiendo, además, permitir el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal (artículo 6), como también procurar la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición de interno (artículo 5). El Reglamento establece, asimismo, que los internos, en defensa de sus intereses o derechos, pueden siempre dirigirse a las autoridades competentes y formular los reclamos y peticiones pertinentes a través de los recursos legales. También están asistidos del derecho de presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y formular

quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento penal (artículo 9). Por otra parte, el Reglamento entiende como fin primordial de la actividad penitenciaria la atención, custodia y asistencia de detenidos, procesados y condenados, así como la acción educativa necesaria para su reinserción social (artículo 1) y reconoce expresamente, también, que fuera de los derechos perdidos o limitados por la sanción penal, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (artículo 2).

En el ámbito del régimen disciplinario en concreto –dentro del segundo grupo de normas– el Reglamento prescribe como directriz general la idea de que los derechos de los internos sólo pueden ser restringidos de manera excepcional y en razón de determinadas causales, a saber, la alteración en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o actos de indisciplina o faltas, las que son sancionadas por medio de las medidas previstas en el mismo (artículo 75).

Por otra parte, las faltas disciplinarias se clasifican de acuerdo al Reglamento en tres grandes grupos, faltas graves, menos graves y leves, cada uno de los cuales goza de un catálogo propio de sanciones opcionales, a discreción del jefe de la unidad penal.

Así, son faltas graves (artículo 78) la agresión, amenaza o coacción a cualquiera persona, tanto dentro como fuera del establecimiento; la resistencia activa al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones; la participación en motines, huelgas de hambre, en desórdenes colectivos o la instigación a estos hechos cuando se produzcan efectivamente; el intento, la colaboración o la consumación de la fuga; inutilizar o dañar de consideración de manera deliberada dependencias, materiales o efectos del establecimiento, o las pertenencias de otras personas; la sustracción de materiales o efectos del establecimiento y de las pertenencias de otras personas, sean internos o funcionarios; divulgar noticias falsas o proporcionar antecedentes o datos con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento o el régimen interno del mismo; el porte, tenencia, uso, fabricación o proporción de elementos para la fabricación de armas blancas o de fuego, de explosivos, gases o tóxicos; la tenencia, consumo o elaboración de sustancias o drogas, estupefacientes o psicotrópicas, bebidas alcohólicas o similares; la introducción al establecimiento o la tenencia de elementos prohibidos por la Administración Penitenciaria por razones de seguridad, tales como máquinas fotográficas, lentes de larga vista, filmadoras, grabadoras, intercomunicadores, teléfonos celulares y otros similares previamente determinados; re-

ñir con los demás internos usando armas de cualquier tipo; dar muerte o causar lesiones a cualquier persona; la comisión de cualquier otro hecho que revista los caracteres de crimen o simple delito; desencerrarse, vulnerar el aislamiento o romper la incomunicación por cualquier medio; el no regresar al establecimiento después de hacer uso de un permiso de salida; forzar a otro a realizar algunas de las conductas descritas precedentemente; y la comisión de tres faltas menos graves durante un trimestre.

Son faltas menos graves (artículo 79) calumniar, injuriar e insultar a los funcionarios penitenciarios, judiciales y autoridades en general; desobedecer pasivamente las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones; entorpecer los procedimientos de seguridad o de régimen interno (allanamientos, registros, recuentos, encierros, etcétera); dañar deliberadamente dependencias, materiales, efectos del establecimiento o las pertenencias de internos, funcionarios o de otras personas, cuando el daño sea de escasa consideración; dañar los mismos bienes con negligencia temeraria o culpa grave; la introducción y el despacho de correspondencia por procedimientos distintos de los reglamentarios del establecimiento; organizar y participar en juegos de azar no permitidos; entorpecer las actividades de trabajo, de capacidad, de estudio, y en general, todas aquellas que digan relación con el tratamiento penitenciario de los internos; negarse a concurrir a los tribunales; la participación en movimientos colectivos que no constituyan motín pero que alteren el normal desarrollo de las actividades del establecimiento; negarse a dar su identificación cuando se le solicite por personal de servicio o dar una identificación falsa; regresar del medio libre en estado de manifiesta ebriedad o drogadicción; atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento, o fuera de ellos, con actos de grave escándalo y trascendencia; la comisión de cualquier hecho que importe una falta del libro III del Código Penal o en leyes especiales; forzar a otro a cometer alguna de las faltas contempladas en el mismo artículo; mantener o recibir objetos de valor, joyas o sumas de dinero que excedan los máximos autorizados; y la comisión de tres faltas leves en un trimestre.

Por último, el Reglamento considera como faltas leves las siguientes conductas: los atrasos en llegar a las cuentas (encierros, desencierros, medio día, salidas a tribunales); pretextar enfermedades inexistentes o dar excusas falsas como medio para sustraerse a las cuentas o al cumplimiento de sus deberes; el desaseo en su presentación personal o en las dependencias que habite el interno, en-

tendiéndose por tal la suciedad o mal olor evidentes; la participación culpable en actos que afecten el orden y el aseo de recintos del establecimiento; alterar el descanso de los demás internos en cualquier forma; tener mal comportamiento en los traslados y permanencia en tribunales o en comisiones exteriores (gritar, mofarse del público y otros actos similares) o realizar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres, sin grave escándalo o trascendencia; presentarse a los establecimientos penitenciarios después de las horas fijadas cuando se hace uso de un permiso de salida, o regresar a ellos en estado de intemperancia o causando alteraciones o molestias a los demás internos, aun cuando no exista ebriedad; y, por último, el hecho de formular reclamaciones relativas a su internación, sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas de la unidad penal.

A su turno, cada grupo de faltas posee un catálogo diferente de posibles sanciones, las que no son acumulables entre sí. Así, tratándose de infracciones leves puede aplicarse a su autor una amonestación verbal; una anotación negativa en la ficha personal del interno; o, por último, imponérsele la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por un lapso de hasta quince días. Respecto de las faltas menos graves puede aplicarse cualquiera de las siguientes sanciones: la privación de participar en actos recreativos comunes hasta por treinta días; la prohibición de recibir paquetes o encomiendas por hasta el mismo período de tiempo; la limitación de las visitas a un tiempo mínimo que no puede ser inferior a cinco minutos, durante un lapso de tiempo que no puede exceder de un mes, debiendo, con todo, realizarse en una dependencia especial que permita el control de la sanción; la privación hasta por una semana de toda visita o correspondencia con el exterior; y la revocación de permisos de salida. En el caso de las faltas graves, el catálogo de sanciones comprende la privación de toda visita o correspondencia con el exterior hasta por un período de un mes; el aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria, desde el desencierro del sábado hasta el encierro del día domingo; y la internación en celda solitaria por períodos que no pueden exceder de quince días.

Cabe destacar que tratándose de las medidas que importan reclusión en celda solitaria, el Reglamento prevé que la sanción debe cumplirse en la misma celda en que se encuentre el recluso o en otra de análogas condiciones en cuanto a higiene, iluminación y ventilación. Además, prescribe que mientras dure dicho castigo, los sancionados deberán ser conducidos a un lugar al aire libre, previamente determinado por el jefe del establecimiento, a lo menos durante una

hora al día, con el objeto de que puedan realizar ejercicio físico. Por último, el Reglamento obliga al jefe de la unidad penal o al médico del establecimiento a visitar al interno sancionado con el objeto de cerciorarse de eventuales castigos corporales o de la infracción de la normativa aplicable al castigo, debiendo, en tales casos, dejar constancia de ello por escrito.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación de una sanción, el Reglamento establece que es el jefe del establecimiento penal quien debe determinar la sanción aplicable al infractor. Para ello, de acuerdo al Reglamento, debe tener a la vista el parte de rigor y la declaración del interno, los testigos y el afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico¹⁰⁷. De todo ello debe dejarse constancia sucintamente en la resolución que aplica la sanción. Además, sólo en hipótesis de falta grave el jefe del penal está obligado a escuchar al infractor. En el resto de las faltas, la sanción es determinada sin oír la versión del interno, esto es, sólo con el parte emitido por los gendarmes y las declaraciones de los testigos y afectados, si los hubiere. Con todo, sólo en caso de faltas graves, una copia de la resolución debe ser remitida al Director Regional de Gendarmería, quien puede eventualmente anularla o modificarla por razones fundadas.

Para orientar la decisión de la sanción a aplicar, el jefe de la unidad penal debe considerar, además de la gravedad de la falta, la conducta del recluso durante el transcurso del año. En caso de reincidencia, puede aplicar hasta el máximo de la sanción y en caso de internos primerizos podrá imponer el mínimo de ella, en consideración a la gravedad de la infracción.

2.2 *Las sanciones disciplinarias como sanciones de carácter penal*

Luego de describir el contenido de las principales normas que desarrollan el régimen disciplinario al interior de las unidades penales del país, pasaremos a enunciar cuáles son en concreto los estándares en materia de derechos humanos que dichas normas deben respetar para gozar de legitimidad. Se trata de determinar los parámetros normativos existentes a cuya adecuación deben someterse las normas del Reglamento Penitenciario antes descritas.

En términos generales, las sanciones disciplinarias previstas en el Reglamento constituyen sanciones de carácter criminal, por lo que

¹⁰⁷ El Consejo Técnico es un órgano asesor del jefe del establecimiento penal, presidido por él mismo e integrado, en general, por oficiales penitenciarios.

gozan del mismo estatuto jurídico que éstas. La consecuencia de ello radica en que todas las garantías constitucionales, además de aquellas contenidas en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado, que son exigibles en materia penal, son también exigibles y obligatorias al interior del régimen penitenciario, parte integrante, con todo, del sistema de justicia criminal. Los parámetros que deben respetar las normas penitenciarias que regulan el régimen disciplinario son, entonces, las garantías penales tanto sustantivas –aquellas que se refieren a los delitos y a las penas en abstracto– como adjetivas –las que dicen relación con el procedimiento a través del cual se impone la pena del caso.

Nuestro Código Penal, sin embargo, pareciera, en principio, llegar a una conclusión diversa, en la medida que establece (artículo 20) que *no se reputan penas*, la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, *ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal* o atribuciones gubernativas¹⁰⁸. No obstante ello, existe un consenso mayoritario en cuanto al carácter penal de las sanciones disciplinarias: se entiende que entre unas y otras no existiría una diferencia de naturaleza, sólo de grado. En general, tres son los principales argumentos.

En primer lugar, se atiende al tenor literal de la disposición antes citada. El artículo 20 del Código Penal entiende que *no se reputan penas* las medidas que luego describe. La voz *reputan* conlleva la idea de que a pesar de participar de una misma naturaleza, desde un punto de vista formal no se consideran como penas. En caso contrario –en el caso de una identidad diversa– el legislador hubiese utilizado otra expresión, hubiese prescrito directamente que *no son penas* o emplearía una expresión equivalente.

Por otra parte, es posible atender a la coherencia del sistema normativo en su conjunto: el artículo 20 del Código Penal entiende que no se reputa pena las restricciones de libertad de los procesados. A su turno, el artículo 348 del Código Procesal Penal prescribe que el

¹⁰⁸ Sobre la base del artículo 20 del CP se clasifican las sanciones administrativas en dos grandes grupos: gubernativas y disciplinales. Las primeras son las sanciones que la autoridad administrativa puede imponer a cualquier ciudadano. Las segundas corresponden a aquellas que sólo se pueden imponer a las personas relacionadas con la administración estatal por medio de un vínculo de subordinación existente. Aquí, interesan sólo las sanciones de orden disciplinal.

tiempo de detención, prisión preventiva o arresto domiciliario de que fue objeto el procesado debe abonarse a la pena que eventualmente le sea impuesta por el tribunal del caso. Si ello es así, entonces, es claro que el artículo 20 del Código Penal opera sobre la base de una distinción en términos cuantitativos, pues, de lo contrario, se incurriría en “el absurdo de aceptar que la sentencia condenatoria tiene la virtualidad sorprendente de mudar retroactivamente la naturaleza misma de la detención sufrida por el reo con anterioridad a su dictación”¹⁰⁹.

Un tercer argumento opera sobre la base de atender a los hechos cuya ejecución acarrea una u otra sanción, esto es, atendiendo a los ilícitos penales sancionados por la ley penal y a los ilícitos disciplinarios castigados por el Reglamento. En definitiva, se trata de examinar las conductas prohibidas por uno y otro estatuto. En ese sentido, entre ambos ilícitos existe una estrecha conexión: si se superponen ambos regímenes resultan, en concreto, muchos ilícitos en común. A vía ejemplar, y como señalamos, el Reglamento contempla como falta disciplinaria dar muerte o causar lesiones a cualquier persona (78.I); abusar sexualmente o cometer abusos deshonestos (78.II); la tenencia, consumo o elaboración de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (78.i); la sustracción de materiales o efectos del establecimiento (78.f); etcétera. Como es posible apreciar, las anteriores conductas se encuentran también tipificadas –constituyen delitos– en la legislación penal común y en leyes especiales (homicidio, lesiones, hurto, etcétera). Incluso, para una mayor ilustración de la superposición de estatutos, basta con señalar que el Reglamento contempla como infracción disciplinaria la comisión de cualquier otro hecho que revista los caracteres de crimen o simple delito y la comisión de cualquier hecho que importe una falta de las sancionadas en el Libro tercero del Código Penal, con lo que la superposición es casi total. Es evidente, en suma, que muchas –si no todas– de las conductas prohibidas por el Reglamento se encuentran asimismo prohibidas en la legislación criminal.

La anterior constatación –la superposición de ilícitos– ha sido detectada por alguna jurisprudencia emanada de los Tribunales de Garantía, la autoridad encargada de la ejecución de la pena en el nuevo sistema procesal penal. En efecto, en la causa RIT N° 127-2004, el tribunal sostuvo¹¹⁰ “[q]ue respecto de la calificación jurídica

¹⁰⁹ CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal, parte general*, tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, pps. 72 y ss.

¹¹⁰ Acta de audiencia de 26 de marzo de 2004, Juzgado de Garantía de Valparaíso.

de la conducta que se señala como justificante de la medida disciplinaria impuesta, bien sea que ésta sólo sea constitutiva de lesiones, sea constitutiva de una riña, sea constitutiva de un ilícito de mayor gravedad, lo cierto es que ella está prevista en el catálogo normativo del Código Penal, sea entre los simples delitos, sea entre las faltas"¹¹¹. Además, "la circunstancia de que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios incluya en el catálogo de las faltas de los artículos 78, 79 y 80 algunas que también están comprendidas en el catálogo del Código Penal, no viene a ser sino una colisión de normas punitivas, colisión que deberá ser resuelta mediante ya el principio de especificidad, o mediante otro criterio que permita dilucidar cuál es efectivamente el ilícito que la conducta constituye, lo cierto es que se trata ya en el catálogo del Código Penal, ya en el catálogo del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, de conductas ilícitas, respecto de las cuales se prevé la existencia de sanciones por su comisión".

Ello, en principio, no importa ninguna situación excepcional, siempre y cuando se trate de figuras diferentes. Ello es crucial: si se trata de ilícitos distintos no habría ningún problema en que sean sancionados en sedes diferentes. Sin embargo, si los ilícitos superpuestos constituyen la misma figura, los hechos constitutivos de ella no podrían ser sancionados simultáneamente por la legislación criminal y, además, por la normativa penitenciaria. Lo anterior, por aplicación de la garantía penal del non bis in idem, esto es, la prohibición de sancionar dos veces por los mismos hechos. Esa es la lógica, con todo, del artículo 120 del Estatuto Administrativo¹¹² y del artículo 91 del Reglamento¹¹³, que entienden que la responsabilidad

¹¹¹ A la misma conclusión se llega en la causa RIT 727-2004, en audiencia de 24 de marzo de ese año. Sin embargo, el razonamiento es, esta vez, diferente. En efecto, de acuerdo al tribunal "(...) según la definición que el Código Penal hace en el artículo 1º, "es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley", y se ha entendido por Ley, si bien ello también puede ser discutido, no sólo la que proviene de los órganos legisladores, sino también la delegación de facultades hecha válidamente por una Ley. Y el artículo 31 dice que "los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas", según sea la pena que se les asigne; de modo tal que la infracción a un Reglamento como es en este caso el Decreto de Justicia N° 518, a lo menos puede ser calificada como una infracción constitutiva de delito en un sentido amplio de la palabra, según se ha dicho lo define el artículo 3º".

¹¹² El artículo 120 del DFL 29 prescribe que *la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal, y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta (...) no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.*

¹¹³ El artículo 91 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios prevé que *[l]a comisión de falta disciplinaria que pudiere constituir delito, será puesta en conocimiento*

administrativa o disciplinal es independiente de la eventual responsabilidad penal del sancionado.

De acuerdo a la jurisprudencia antes citada, con todo, se trata de figuras de idéntica naturaleza. En efecto, el tribunal sostuvo que "(...) respecto de quien se ha aplicado una medida coercitiva, propiamente denominada sanción por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, y no obstante que el artículo 20 del Código Penal pueda señalar que no se reputan penas las correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal, el tribunal no puede sino concluir que a quien se le aplica un castigo, a quien se le aplica una sanción –argumentando al efecto que se ha violentado una norma de conducta, la cual se estima típica, en tanto puede subsumirse dentro de las prohibiciones que el catálogo penal dispone– se le impone una pena, no obstante se le quiera llamar de otra manera". Además, "[q]ue ratifica lo anterior la circunstancia de haberse impuesto al imputado (...) la medida de 15 días de aislamiento en celda solitaria, el tribunal no puede sino concluir que ello es un castigo, desde luego, no puede afirmarse que sea un premio, ni tampoco un reconocimiento gracioso de la autoridad de un beneficio del cual no contaría por no haber incurrido en la conducta que se le atribuye".

En suma, entonces, y no obstante el artículo 20 del Código Penal, puede afirmarse que las sanciones disciplinarias que prevé el Reglamento constituyen sanciones de naturaleza penal. Por ello, las denominadas garantías penales establecidas tanto en la Constitución Política como en tratados internacionales obligatorios resultan aplicables y exigibles a su respecto. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en forma reiterada que a las sanciones administrativas se les aplican las garantías penales y procesales.

2.3 Principales núcleos problemáticos

En lo que sigue, expondremos las principales falencias que presenta la normativa carcelaria que regula el régimen de aplicación de sanciones desde el punto de vista de las garantías penales sustantivas y adjetivas existentes en materia de derechos humanos.

to de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en este Reglamento.

a. Tipicidad

El principio de legalidad penal ordenado por la Constitución Política importa, entre otras, la exigencia de tipicidad, esto es, la idea de que la ley debe describir con absoluta precisión la conducta que prohíbe. El mandato, de hecho, es categórico: *[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella* (19.3.8).

La necesidad de tal garantía radica en un triple aspecto. Por una parte, sólo un conocimiento preciso del objeto de la prohibición penal –que, por ello, posibilita el conocimiento del ámbito de lo permitido– es compatible con la libertad personal. Si no se sabe qué es lo prohibido, tampoco lo que el derecho penal permite y, entonces, la libertad de las personas –el ámbito de su acción– resulta menoscabado. En segundo lugar, sólo el conocimiento de lo que no es permitido por el sistema permite a los sujetos motivarse conforme a dicha prescripción. Por último, la exigencia de tipicidad permite disminuir la discrecionalidad de los funcionarios encargados de aplicar la ley penal. Si no se describe con precisión las conductas prohibidas, son, en definitiva, tales funcionarios quienes pasan a decidir si tal o cual conducta se enmarca dentro de los requisitos integrantes de un tipo.

El estatuto sancionatorio previsto en el Reglamento infringe flagrantemente la exigencia de tipicidad y, por ello, los tres aspectos antes presentados.

En efecto, y como ya señalamos, el artículo 75 prescribe como directriz general la idea de que los derechos de los internos sólo pueden ser restringidos de manera excepcional y en razón de dos causales, a saber, la alteración en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario; y, en segundo lugar, en razón de actos de indisciplina o faltas, las que son sancionadas por medio de las medidas previstas en el mismo. El problema se presenta de manera más intensa respecto de la primera causal –alteración del orden y convivencia del penal– toda vez que se trata de hipótesis abstractas, confusas e indeterminadas cuyos límites resultan inciertos o ambiguos debido a la falta de descripción de las conductas prohibidas. Como es posible apreciar, existe un amplio margen de conductas que podrían en concreto afectar –o no– la convivencia u orden del establecimiento.

Cabe destacar, como ya señalamos en el Informe anterior, que tal falencia del Reglamento impacta intensamente en la vida diaria de los reclusos, pues tales causales son en la práctica frecuentemente invocadas por los gendarmes para sancionar hechos de poca im-

portancia y que no se encuentran tipificados expresamente como infracciones disciplinarias, como, por ejemplo, transitar por el Penal sin las manos en la espalda. La consecuencia directa, entonces, de la infracción a la tipicidad radica en un aumento sustancial de la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, cuestión que la vigencia efectiva de la garantía tiene por objeto suprimir.

Por otra parte, el problema también se presenta respecto de las faltas disciplinarias en concreto. Basta con dar algunos ejemplos. Así, el Reglamento sanciona como falta el atentar contra la moral y las buenas costumbres al interior del establecimiento, o fuera de ellos, con actos de grave escándalo y trascendencia (79.II). Como se aprecia, la figura es claramente indeterminada. Los conceptos de moral y buenas costumbres son demasiado vagos y amplios, bastando con preguntarse acerca de su contenido para entender que su delimitación requiere necesariamente de una valoración cultural por parte de quien enjuicia la conducta. Piénsese, además, que tales conceptos podrían mutar al interior de un recinto carcelario y, dentro de éstos, en penales de diferentes zonas geográficas del país. Por otra parte, ¿qué conductas constituyen actos de grave escándalo y trascendencia? El juicio es seguro respecto de algunos, pero difícil de precisar respecto de tantos otros. El mismo razonamiento se extiende a otros ilícitos, como, por ejemplo, alterar el descanso de los demás internos en cualquier forma (80.e), donde el contenido de lo prohibido –¿qué conductas son susceptibles de sancionarse en razón de dicha norma?– es apenas perceptible. La norma atiende al resultado, mas no a las posibles –e indeterminables– conductas con eficacia causal.

A ello debe sumarse el desconocimiento generalizado que en la práctica es posible constatar del Reglamento Penitenciario por parte de los reclusos. Como señalamos en ediciones anteriores de este Informe, los internos no saben a ciencia cierta –salvo un cierto grado de conocimiento práctico derivado del dinamismo propio de la cárcel– lo que pueden o no pueden hacer y las eventuales sanciones a que se arriesgan por la ejecución de conductas concretas. Incluso, esta situación pareciera ser intencionada por parte de gendarmes en algunos recintos penales, donde es posible verificar cierta resistencia –manifestada en actuaciones positivas¹¹⁴– a que los internos conozcan en concreto sus derechos y obligaciones.

¹¹⁴ Ver Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (hechos de 2004).

b. *Debido proceso adjetivo*

En términos generales, el debido proceso adjetivo importa el conjunto de requisitos mínimos que deben observarse en las instancias procesales a fin de satisfacer estándares razonables de justicia en la tramitación del procedimiento. Se trata, como es posible de apreciar, de una garantía de contenido abierto, esto es, de una garantía cuyo contenido –los requisitos del procedimiento que lo tornan razonable y justo– no es posible de ser determinado taxativamente a priori. En efecto, y pese a algunos intentos aislados en doctrina y en la jurisprudencia por reducir el debido proceso a un catálogo limitado de requisitos a observar, es claro que “(...) es una garantía de la mayor amplitud posible, que permite corregir toda desviación procesal, no sólo atribuible al propio juez de la causa, sino que también al legislador, en este caso a través del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes. Tanto es así que normas procedimentales, establecidas a nivel legal, reglamentario o incluso auto acordados, que aparentemente no tienen ninguna importancia, llegado el caso pueden transformarse en obstáculos para considerar justa la tramitación de un proceso y por lo tanto considerarse atentatorios contra este derecho fundamental al debido proceso”¹¹⁵.

A mayor abundamiento, tal amplitud de contenido generó consenso incluso entre los miembros de la comisión redactora de la Constitución Política¹¹⁶, que materializa la garantía, en general, en el mandato al legislador para que determine siempre *las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*. Como veremos más adelante, existen instrumentos internacionales vinculantes –Convención Americana de Derechos Humanos, por ejemplo– cuyo texto es más explícito en establecer garantías mínimas del debido proceso adjetivo.

¹¹⁵ Carocca, Alex, *Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal*, en “Nuevo Proceso Penal”, Editorial Jurídica Conosur, año 2000, pps. 54-55.

¹¹⁶ En ese sentido, especialmente ilustrativas son las palabras de Enrique Evans, en la sesión 103^a, las que presento a continuación: “(...) manifiesta [Evans] que es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción a la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento (...) De manera que, tanto por la dificultad de tipificar específicamente los elementos del debido proceso, como por el riesgo que se corre de omitir algunos, consideró preferible la sugerencia, formulada en aquella sesión, de referirse al justo y racional proceso”.

Lo importante, con todo, radica en entender que pese a la textura abierta del contenido del debido proceso, existe un conjunto de garantías mínimas que, cualquiera sea el escenario en que se pretenda su exigibilidad, deben siempre verificarse. En otras palabras, no obstante el contenido abierto de la garantía, existe un conjunto de requisitos mínimos que constituyen parte del núcleo mismo de ella, y cuya omisión acarreará siempre una infracción al debido proceso. Piénsese, por ejemplo, en la imparcialidad del tribunal, a la que nos referiremos más adelante.

Cabe hacer presente, que aun cuando se estime que las faltas disciplinarias del Reglamento no gozan de naturaleza penal, la operatividad del debido proceso en el régimen de aplicación de sanciones igualmente es exigible. En efecto, aun asumiendo que las faltas disciplinarias contempladas constituyen ilícitos de naturaleza administrativa –a pesar de ello– es posible arribar a la misma conclusión: la plena vigencia del debido proceso en el régimen sancionatorio carcelario. El argumento no es otro que la interpretación –correcta y– extensiva de las normas que contemplan las garantías propias del debido proceso adjetivo, sean éstas internas o internacionales.

Como ya señalamos, de acuerdo al artículo 5 inciso segundo de la Constitución, el respeto y protección de los derechos fundamentales a que es obligado el Estado no sólo comprende a aquéllos garantizados en ella misma, sino que, además, se extiende a los derechos contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren en actual vigor. La interpretación de tal precepto, en doctrina, ha generado un consenso bastante generalizado en el sentido de entender que por medio de tal enunciado el constituyente ha incorporado como normas de rango constitucional a los derechos fundamentales previstos en tales instrumentos internacionales. Se trata de que por la vía del inciso segundo del artículo 5, los derechos y garantías consagradas en tales instrumentos cobran jerarquía normativa de rango constitucional.

Entre tales instrumentos se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 8 prescribe las exigencias mínimas del debido proceso bajo el epígrafe de garantías judiciales. Tal enunciado ordena en su inciso primero que *[t]oda persona tiene derecho a ser oída, 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*. Luego, el inciso segundo de tal

precepto establece que *toda persona inculpada de un delito* tiene derecho a la presunción de inocencia y, durante el proceso, a un conjunto de garantías mínimas que a continuación señala (el derecho a un intérprete gratuito si no maneja el idioma del tribunal; a ser asistido irrenunciablemente por un defensor; la concesión de tiempo y medios idóneos para preparar la defensa; derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; el derecho a recurrir del fallo ante un juez superior, entre otros).

Lo que importa aquí, con todo, es la expresión con que comienza el inciso segundo antes citado¹¹⁷, pues, en la medida que establece que toda persona inculpada de un delito goza de las garantías que la norma luego describe, pareciera ceñir su operatividad sólo al ámbito criminal. En el fondo, dada esa expresión (*toda persona inculpada de un delito*) pareciera que las garantías mínimas del debido proceso adjetivo sólo tendrían aplicación a los casos estrictamente penales. Tal impresión es, como veremos, incorrecta. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –la que, de acuerdo a la Convención, la interpreta– ha concebido tal enunciado de manera extensiva, esto es, en el sentido de entender que su exigencia no es exclusiva de materias penales sino que deben ser respetados por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. Por ello, no incumbe su respeto sólo al poder judicial.

Así, en el caso Baena Ricardo y otros¹¹⁸, la Corte 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 en 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

¹¹⁷ El inciso primero no genera problemas toda vez que establece expresamente que los derechos que ahí se consagran tienen plena aplicación en cualquier materia. A mayor abundamiento, la Corte Interamericana sostuvo (caso Ivcher, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 105) que “(...) pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”.

¹¹⁸ Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso¹¹⁹. Por último, más categóricamente: “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”¹²⁰.

Dado lo anterior, entonces, es posible afirmar que las garantías que importa el derecho al debido proceso adjetivo, a lo menos desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, tienen plena aplicación respecto del régimen sancionatorio previsto en la etapa de la ejecución de la pena.

Lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento interno. En efecto, el enunciado normativo que en la Constitución se refiere al debido proceso lo consagra en términos bastante amplios. Así, y en lo que aquí interesa, el constituyente asegura como derecho fundamental (19.3.5) que *[t]oda 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*. Se trata de que las decisiones adoptadas por los órganos que ejercen jurisdicción deben emanar de un proceso previo y con sujeción a la ley; la que, además, debe establecer los actos y trámites que aseguren que el procedimiento –y la investigación– satisfagan estándares mínimos de racionalidad y justicia.

Lo determinante es establecer el sentido de la expresión *órgano que ejerza jurisdicción*, utilizada en el enunciado antes citado, para dilucidar si la administración estatal se sujeta o no a las exigencias propias del debido proceso adjetivo. La respuesta es afirmativa: si bien se entiende que la jurisdicción (73 CPR) radica exclusivamente en los tribunales de justicia, es claro que, en la práctica, no constituye una función privativa de ellos: no sólo los tribunales de justicia ejercen jurisdicción, también, entre otros, las autoridades políticas y administrativas. De manera que “la disposición [19.3.5 CPR] rebasa el marco del Poder Judicial y cubre el área mucho más vasta y sustantiva de lo jurisdiccional o definitorio del Derecho aplicable a la solución de un litigio, es decir, a la representación que de una contienda se hace en un proceso”.¹²¹ Como se ha señalado, “[s]ostener, por tanto, que ‘lo jurisdiccional’ se inicia con la inter-

¹¹⁹ Párrafos 126 y 127.

¹²⁰ Párrafo 124.

¹²¹ CEA, JOSÉ LUIS, *Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 304.

vención del tribunal ordinario y negar que las autoridades políticas y administrativas son ‘órganos que ejercen jurisdicción’ cuando afectan derechos de las personas, es un grave error que desconoce la letra, el espíritu y la historia del precepto que nos ocupa”.¹²² A mayor abundamiento, se trata de que “(...) sin que interese quién sea la persona, el individuo u órgano, trátase o no de un tribunal en sentido estricto, tiene que guardar el debido proceso cuando, de alguna manera, tenga autoridad para decidir sobre el prójimo, su honor o sus bienes. De manera que, en concreto, el superintendente de una institución pública de fiscalización, el superior jerárquico que instruye un sumario, el tribunal de un partido político, la junta calificadora de accionistas en una sociedad anónima, la comisión calificadora de votantes en una elección estudiantil, un juez árbitro, la directiva de un sindicato, etc. deben cumplir lo escrito”.¹²³

En suma, si la jurisdicción importa la facultad de conocer y resolver controversias de índole jurídica, y las autoridades penitenciarias –como parte integrante de la administración– conocen de los conflictos de intereses suscitados entre el Estado –representado por dichas autoridades– y las personas privadas de libertad, es claro que ahí existe un ejercicio de funciones jurisdiccionales y, por ello, la sujeción al debido proceso es vinculante. La expresión en comento, entonces, se extiende a todo órgano que en la práctica ejerza funciones jurisdiccionales.

El corolario necesario de ello consiste en que la administración estatal, en el ejercicio de sus funciones disciplinarias –y siempre que sus decisiones puedan afectar los derechos de los administrados– debe observar las exigencias del debido proceso adjetivo. Lo anterior, por supuesto, por expreso mandato constitucional.

Por lo demás, alguna jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha confirmado el mismo diagnóstico, esto es, la exigencia del debido proceso en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Así, por ejemplo, el tribunal sostuvo “[q]ue del examen de las disposiciones transcritas [el proyecto de ley que examina] se desprende que, en ninguna de ellas, se contempla un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición que en cada caso se establecen”. Además, “[q]ue resulta evidente, en consecuen-

¹²² EVANS, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1996, pp. 29.

¹²³ CEA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno, derechos, deberes y garantías*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, pp. 157.

cia, que el legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos¹²⁴.

En suma, sea que las faltas disciplinarias previstas en el Reglamento se consideren como ilícitos de naturaleza penal, sea que se estime que constituyen ilícitos puramente administrativos; en cualquiera de los dos casos, la garantía fundamental del debido proceso adjetivo tiene plena vigencia.

A continuación, señalaremos brevemente las infracciones que presenta el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios con respecto a los estándares mínimos de un proceso debido.

Legalidad e imparcialidad del Tribunal

Un primer aspecto a considerar radica en las exigencias propias de legalidad e imparcialidad del tribunal. Ambos presupuestos forman parte de la esencia del debido proceso y son reconocidos en el ámbito interno y algo más directamente en el internacional.

En nuestro ordenamiento, se desprenden del artículo 19.3.4 de la Constitución Política, que dispone que *[n]adie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta*. La imparcialidad, con todo, no se señala expresamente, pero se entiende incorporada a la garantía en comento. En la Convención Americana, se consagra en los siguientes términos (8.1): *[t]oda 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 (...)*.

Lo importante es que ninguno de estos requisitos es respetado en el ámbito del régimen disciplinario previsto en el Reglamento. De hecho, como señalamos, quien ejerce funciones jurisdiccionales al interior de los penales –quien actúa como juez, conociendo y sancio-

¹²⁴ Considerandos 34 y 35 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de junio de 2003. Rol N° 376.

nando las conductas prohibidas— es el jefe del establecimiento penal de que se trate, autoridad que adquiere tal facultad en virtud de una norma de jerarquía reglamentaria y, por ello, diferente y normativamente inferior a la ley: es el propio Reglamento el que otorga al jefe del penal (artículo 82) la facultad de aplicar las sanciones que la misma norma prevé. La exigencia de legalidad del tribunal queda, entonces, en evidente entredicho.

Podría argumentarse, con todo, que el artículo 80 inciso segundo del Código Penal otorga jurisdicción a las autoridades penitenciarias en la medida de que establece que *se observará también además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, etcétera*. En suma, podría sostenerse que existe una delegación del legislador al Reglamento en la regulación del régimen disciplinario, lo que incluiría la jurisdicción para conocer y juzgar la comisión de ilícitos en ese ámbito. Sobre este punto, cabe señalar que el artículo 19 de la Carta Fundamental es categórico en ordenar que el tribunal debe ser señalado por ley, lo que —desde ya— no admitiría hipótesis de delegación alguna. Con todo, reafirma esa misma idea la norma contenida en el artículo 60 de la Constitución, el que prescribe como materias exclusivas de ley *las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley*. Si la carta ordena como derecho fundamental que —para cumplir con las exigencias del debido proceso— el tribunal debe ser señalado por ley, dicha materia queda fuera del ámbito de acción de la potestad reglamentaria del presidente. La delegación, por lo tanto, en el evento de que existiera, contraviene los mandatos de la carta.

Por otra parte, la exigencia de imparcialidad del juez o tribunal tampoco se verifica en el ámbito del Reglamento. Ello, en la medida de que es la propia autoridad penitenciaria la encargada de decidir sobre la comisión de ilícitos y sobre la eventual responsabilidad del hechor. En efecto, es la autoridad penitenciaria la que —en representación de la administración estatal— resuelve los conflictos suscitados entre las personas privadas de libertad y el Estado. Es claro, entonces, que las autoridades penitenciarias son parte del conflicto y no debieran, por eso, ser también jueces del mismo.

A mayor abundamiento, el enunciado constitucional en comento (19.3.4) asegura el derecho a no ser juzgado por ‘comisiones especiales’, sino por un tribunal establecido por ley con anterioridad a los hechos materia del juicio. Dada la estructura del texto constitucional, es evidente que el contenido de la expresión ‘comisiones especiales’ equivale precisamente a la negación del contenido mismo

de la garantía, esto es, a la falta de los requisitos estimados como necesarios para su cumplimiento, a saber, la competencia dada por ley y a la actuación con posterioridad a los hechos. Por comisiones especiales, debe entenderse, en definitiva, a entes que no satisfacen tales requisitos; a “[g]rupos o individuos aislados [que] operan en uno o más de los momentos de la jurisdicción, sin ser tribunales ni órganos legalmente competentes para ello”¹²⁵. A modo de conclusión, entonces, los jefes de los establecimientos penales –en tanto órganos que de acuerdo al Reglamento ejercen funciones de carácter jurisdiccional–, en la medida de que no son facultados ni establecidos por ley para tal cometido, constituyen una clase de comisión especial, proscrita expresamente a nivel constitucional.

Legalidad del procedimiento

La garantía del debido proceso adjetivo no sólo se satisface con un juez o tribunal establecido por ley con anterioridad a los hechos materia del juicio. Además de otros requisitos mínimos, es menester que el procedimiento conforme al cual se tramita la pretensión de las partes o el interés estatal en juego sea, también, diseñado y contenido en una norma de rango legal. Esta exigencia, por supuesto, está contenida tanto en nuestro ordenamiento interno como en instrumentos internacionales obligatorios. La Constitución, de hecho, lo establece expresamente en el ya citado artículo 19.3.5: *[t]oda 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.*

Es el legislador el único órgano que –por mandato constitucional– goza de legitimidad activa para establecer procedimientos, que, además, contengan garantías que satisfagan estándares mínimos de racionalidad y justicia. En definitiva, “lo que la disposición [19.3.5 CPR] prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal, éste debe cumplir, además, con las cualidades de racional y justo”¹²⁶. Se trata, en estricto rigor, de una materia de dominio exclusivo del legislador, no susceptible de ser regulada vía potestad reglamentaria.

¹²⁵ CEA, ob. cit. pp. 152.

¹²⁶ Considerando 10º letra b) de la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 1995, Rol N° 198.

Pese a ello, en el marco del régimen disciplinario a que se sujetan las personas privadas de libertad, es una norma reglamentaria la que se hace cargo del diseño del procedimiento de aplicación de sanciones; artículos 81 y siguientes del Reglamento. La legalidad del procedimiento, entonces, a la luz de lo antes expuesto, no goza de operatividad –ni normativa ni práctica– en el ámbito de ejecución de la pena.

Oportunidad de defensa

El derecho a una defensa idónea debe entenderse necesariamente como una de las garantías esenciales que integran la exigencia del debido proceso adjetivo. Si bien el contenido de la defensa –la mayor o menor intensidad de su satisfacción, el número de actos u oportunidades procesales que implique– dependerá directamente del tipo de procedimiento de que se trate, es claro que, a lo menos, importa el derecho de poder intervenir en la formación de la decisión de la jurisdicción, esto es, al menos implica el “(...) derecho a ser oído y a que lo que [se] diga, si [se] decide a hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez al adoptar su resolución, aunque estas alegaciones sean completamente rechazadas”¹²⁷. En suma, en su nivel menos intenso, en su núcleo esencial, el derecho a defensa puede entenderse como la oportunidad de poder hacer las alegaciones que se estimen convenientes. Por ello, y dado la estructura de la mayoría de los procedimientos vigentes, la garantía importa siempre la asistencia de un abogado¹²⁸.

Esta garantía, así entendida, se encuentra sin duda contenida –directa o indirectamente– en las ya citadas normas de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No obstante ello –no obstante su vigencia normativa–, la garantía en comento no goza de operatividad efectiva en la etapa de ejecución penal. Se trata de que las normas del Reglamento que prevén el procedimiento de aplicación de sanciones no contemplan –salvo un caso específico– la oportunidad del imputado de efectuar alegaciones en su defensa. En efecto, como ya indicamos, el artículo 82 establece que el jefe del establecimiento debe determinar la sanción aplicable teniendo a la vista el parte de rigor y la declaración del

¹²⁷ CAROCCA, ob. cit. pp. 61.

¹²⁸ El derecho a defensa se entiende integrado por una serie de garantías mínimas. Ver, en tal sentido, el artículo 8 de la CADH. Aquí, sin embargo, se trata de identificar parte del núcleo esencial –e indiscutible– de tal derecho.

infractor, los testigos y el afectado, si lo hubiere; así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico. De todo ello, debe dejarse constancia sucintamente en la resolución que aplica la sanción. Lo que aquí nos interesa recalcar es que –según tal norma– sólo [e]n caso de infracción grave y antes de aplicarse la sanción, el Jefe del Establecimiento deberá escuchar personalmente al infractor. Como se ve, la obligación de escuchar al afectado –y, por ello, la oportunidad de éste de realizar alegaciones en su defensa– es restringida solamente a la comisión de faltas calificadas como graves. Respecto de aquéllas estimadas como menos graves o leves no existe –al menos normativamente– tal posibilidad.

Cabe destacar que, como señalamos en versiones anteriores de este Informe, aun cuando normativamente se establece la obligación del jefe de la unidad penal de escuchar al recluso que ha cometido una falta estimada como grave antes de imponer la sanción del caso, en la práctica ello no ocurre: las sanciones por regla general son adoptadas por funcionarios subalternos del establecimiento sin la más mínima posibilidad de que el infractor pueda hacer sus descargos, alegar su inocencia o explicar los motivos de su actuación.

Por otra parte, el derecho a defensa importa casi necesariamente de asistencia letrada idónea para su ejercicio efectivo, esto es, implica la mayoría de las veces la presencia de un abogado defensor. Esta exigencia ha sido confirmada por alguna jurisprudencia originada en el ámbito de los conflictos suscitados a partir de la aplicación de medidas disciplinarias a personas privadas de libertad. Así, por ejemplo, se ha sostenido “[q]ue no habiéndose, por lo pronto, reconocido ni proporcionado la asistencia jurídica debida al sancionado, entendida ésta como la posibilidad de contar con un abogado, y por ende de defenderse, el Tribunal debe constatar que se ha vulnerado una garantía básica consagrada tanto en la Constitución como en Tratados Internacionales, y en razón de lo anterior, el Tribunal debe declarar que la medida tal como fue aplicada, y sin entrar aquí al fondo de los hechos que justifican la aplicación de ella, sino en cuanto al procedimiento y la forma seguida por la autoridad penitenciaria respectiva, ha vulnerado garantías judiciales mínimas consagradas en tratados internacionales, y en la propia Constitución Política de la República”¹²⁹.

¹²⁹ Tribunal de Garantía de Valparaíso, causa RIT 831-2004, acta de audiencia de 26 de marzo de 2004. En idéntico sentido, ver causa RIT 727-2004, acta de audiencia de 24 de marzo de 2004.

En suma, si bien no está prevista normativamente la posibilidad de contar con asistencia letrada durante el procedimiento de aplicación de sanciones disciplinarias –y la práctica pareciera concordar con ello–; en tanto dicha asesoría deviene como indispensable para un ejercicio efectivo del derecho a defensa, su respeto se torna obligatorio para las autoridades a cargo del régimen sancionatorio, al menos en hipótesis de eventuales sanciones que impactan con mayor intensidad en derechos básicos de los reclusos, como la internación en celda solitaria.

Derecho al recurso

En términos generales, por derecho al recurso debe entenderse la posibilidad de que goza toda persona de cuestionar, ante un juez o tribunal superior, la decisión que es pronunciada en su contra con el objeto de que ésta sea anulada, reemplazada o modificada a su favor. Esta garantía, sin embargo, no se encuentra consagrada expresamente en nuestra Constitución política, aunque existe un consenso bastante acabado en torno a considerarla incluida dentro de los requisitos mínimos que integran un procedimiento racional y justo. En la normativa internacional, por el contrario, la garantía en cuestión aparece de manera expresa. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe (8.2.h) como garantía mínima el *derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*.

La consagración de esta garantía en el Reglamento Penitenciario es, con todo, bastante difusa, por lo que requiere de un par de precisiones previas. En primer lugar, el derecho al recurso no está contemplado expresamente como parte integrante del procedimiento de aplicación de sanciones, sin embargo, podría deducirse a partir del establecimiento de algunas disposiciones generales. Así, el artículo 9 (título preliminar) ordena que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, *podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales*. Por otro lado, de acuerdo al artículo 58, el ejercicio del derecho de hacer peticiones a las autoridades penitenciarias *no obsta a la interposición de los recursos judiciales que sean pertinentes*. En principio, entonces, es posible cuestionar la aplicación de una medida disciplinaria por medio de los recursos legales que provee el sistema legal (piénsese, por ejemplo, en la acción de protección). El problema, sin embargo, radica en que dado el contexto en que se verifican las sanciones disciplinarias, la interposición de cualquier recurso legal resulta claramente inidóneo para cumplir con tales fines,

especialmente si se consideran las gestiones y el tiempo que importa su interposición y posterior trámite. En suma, el Reglamento no contempla un recurso idóneo –de fácil interposición y, sobre todo, expedito– para el cuestionamiento de las medidas aplicadas en contra de reclusos.

Sin perjuicio de ello, las instituciones propias del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal permitirían una solución parcial del asunto. Se trata del control jurisdiccional de la ejecución de la pena –concentrado ahora en el juez de Garantía– que permite una mayor fiscalización de la actividad sancionatoria de las autoridades penitenciarias. Dicho control, a lo menos en este ámbito, se ejerce principalmente por medio de dos instituciones procesales específicas. En primer lugar, el artículo 150 del Código Procesal Penal faculta al juez de Garantía para dejar sin efecto *cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado* sujeto a prisión preventiva, *si la considerar ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen*. Dentro de tales restricciones, por supuesto, quedan comprendidas las medidas disciplinarias adoptadas en su contra. Se trata, como se puede observar, de una facultad cuya operatividad es limitada, pues, queda restringida a la hipótesis de que el imputado haya sido objeto de prisión preventiva, excluyendo a los internos que se encuentran privados de libertad en razón de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

En segundo lugar –una segunda institución que permite un control judicial efectivo respecto de la potestad sancionatoria de las autoridades penitenciarias– se encuentra en el artículo 10 del Código, que permite al juez de Garantía, *en cualquiera etapa del procedimiento en que estimare(...) que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio*. Por medio de la cautela de garantías, entonces, es posible cuestionar las sanciones disciplinarias aplicadas a imputados, especialmente cuando su materialización importa una privación ilegítima de derechos fundamentales.

Ambas hipótesis, en suma, permiten discutir ante la jurisdicción de Garantía la imposición de sanciones disciplinarias a reclusos, cubriendo así, aunque parcialmente, la inobservancia de la garantía del derecho al recurso en el Reglamento.

No obstante ello, cabría agregar que ambas instituciones han tenido una eficacia limitada en el funcionamiento práctico del nuevo sistema procesal penal. En efecto, respecto de la institución del artí-

culo 150 del Código se ha generado la dificultad de que Gendarmería de Chile informa tardíamente a los jueces de Garantía acerca de las sanciones impuestas a internos, a saber, cuando han pasado varios días desde la imposición de la medida y por ello cuando el recluso lleva un cierto tiempo sufriendo la sanción. La actitud de la judicatura en estos casos ha sido casi invariablemente reducir el tiempo de duración de la medida o, en muchos casos, dejarla sin efecto sin entrar al examen de su mérito o legalidad. Por otro lado, la audiencia de cautela de garantías no es utilizada sino excepcionalmente por los abogados defensores de los internos –defensores públicos y privados–, lo que merma considerablemente su potencial eficacia.

B) CONDICIONES LABORALES DE LOS GENDARMES

Una de las características que han tenido las reformas penitenciarias que se han desarrollado desde la década del ochenta hasta la fecha en nuestro país, es que se han centrado básicamente en dos aspectos, el de la infraestructura y el de la dotación de funcionarios. Por ejemplo, en la primera mitad de la década del ochenta se construyeron los centros penitenciarios de Colina, San Miguel y Puente Alto, en el 2000 se acordó implementar un programa para ampliar la infraestructura de los establecimientos penitenciarios que comprendería diez nuevos establecimientos y en el 2003 se elaboró un proyecto que tendría por objeto aumentar la dotación de gendarmes.

Pero estas reformas, que se han entendido como determinantes para solucionar el problema penitenciario –hacinamiento y sus consecuencias junto con los apremios ilegítimos contra los internos– no han considerado un aspecto importante, el de la cultura de los funcionarios que trabajan en el sistema de la ejecución de la pena.

Toda institución conforma con su funcionamiento una cultura organizacional propia, que apela a un conjunto de valores, creencias, estilos y dinámicas de trabajo que la caracterizan y la diferencian de las restantes. Esa cultura tiende por naturaleza a mantenerse en el tiempo, lo que se logra a través del adoctrinamiento de los nuevos miembros y el rechazo de las intromisiones extrañas. Por ello, cualquier diseño o reforma que se quiera hacer del sistema de ejecución de la pena no puede desconocer las condicionantes que impone la forma cómo históricamente ha sido constituida la carrera funcionaria¹³⁰.

¹³⁰ Por ejemplo Binder y Obando hablan de que la forma de organización genera una cultura organizacional donde los valores y principios institucionales llegan

Esta cultura organizacional, según Binder y Obando, genera en cada uno de los funcionarios del sistema una verdadera “cosmovisión”, que produce efectos en diferentes niveles: a) en primer lugar, en el nivel de la percepción de los problemas, ya que desde el interior del sistema no suelen verse los defectos del mismo modo que los percibe la mirada externa, principalmente como los ve el usuario; b) en el nivel de la comprensión del funcionamiento del sistema, ya que por el carácter cerrado de la organización se percibe casi exclusivamente su funcionamiento interno y no sus relaciones con otros sectores o los efectos que produce en la vida social; y c) en el nivel de la comprensión de las finalidades del sistema judicial, ya que se tiende a dar primacía a los intereses corporativos por encima de las finalidades del servicio al ciudadano¹³¹.

Llevado esto a los funcionarios de Gendarmería, se da lugar a una cultura funcionaria, que se ha desarrollado en un ambiente organizacional de corporativismo, cerrado y casi secreto, con poco intercambio con el resto de los sectores sociales y que en su funcionamiento genera dinámicas vulneratorias de derechos fundamentales. Ejemplo del carácter casi cerrado, es el que dicha institución no dé a conocer información y datos básicos sobre el funcionamiento de las cárceles, tales como el número de personas que mueren en ellas, el número de los funcionarios que son objeto de sumarios administrativos, la forma que la institución administra sus recursos e incluso la forma en que se manejan las cárceles¹³².

Esta realidad básica, todavía muy poco estudiada, debe ser mencionada y tomada en cuenta, puesto que a través de ella se pueden explicar ciertos fenómenos como la corrupción y las violaciones a los derechos humanos que se generan dentro del sistema de ejecución de la pena. Además, se trata de un factor clave para el desarrollo exitoso de las reformas futuras en esta área, las cuales deben considerar la cultura funcionaria y generar variables que permitan cambiar el paradigma cultural por otro más acorde con los derechos fundamentales.

a penetrar la psicología de los funcionarios judiciales, creándose a sí el “ser judicial”: persona que actúa, siente y piensa con ciertas diferencias de los demás habitantes de un país. Véase, De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho, Ad-Hoc, pág 80.

¹³¹ Binder, Alberto; Obando Jorge; op cit. Pág 81.

¹³² En el mismo sentido la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales ha solicitado información a Gendarmería y también le ha solicitado el acceso a las cárceles y ésta ha sido negada reiteradas veces, razón por la cual ésta ha demandado judicialmente a la institución para que a través de una sentencia judicial se le obligue a entregar la información, que en un Estado Democrático de Derecho es de incumbencia pública.

En los apartados que siguen se revisan algunas variables que ayudan a delinear esta cultura del funcionario de Gendarmería, básicamente las que dicen relación con las condiciones laborales. En términos generales, las falencias que presentan las condiciones laborales podemos agruparlas en cinco grandes núcleos problemáticos. Se trata, en primer lugar, de bajas remuneraciones. En segundo, de la falta de personal y sus consecuencias directas: utilización de los alumnos de la Escuela de Gendarmería para suplir esta carencia y extenuantes jornadas laborales para sus funcionarios. En tercer lugar, falta de uniformes. En cuarto, hacinamiento, que trae aparejado la carencia de infraestructura necesaria para satisfacer niveles aceptables en la vida al interior de los recintos. Y en quinto lugar, la constatación de una práctica habitual de malos tratos a gendarmes de inferior rango por oficiales.

1) Bajas Remuneraciones

En la experiencia comparada existe el consenso de que si los funcionarios no son remunerados adecuadamente, quedan expuestos a casos de corrupción, de naturaleza directa o indirecta¹³³. Esto se explica en la medida de que el funcionario se ve en la necesidad de incrementar de alguna manera sus ingresos y comienza a utilizar vías ilegales para poder aumentar sus recursos¹³⁴.

Como podemos apreciar, lamentablemente la situación chilena está generando el escenario ideal para promover estas prácticas. En efecto, dirigentes de la Asociación de Funcionarios Penitenciarios, como Juan Callul creen que: *“No es de extrañar que dentro de la institución existan traficantes, ladrones, coimeros. Pero si es obvio. Si está todo para que se dé. Uno tiene sus principios, pero con tres hijos, 200 lucas, deudas, y además la compra de útiles que la institución no entrega cuando tiene la obligación de hacerlo. Chuta, entonces yo digo, lo estaría pensando si me piden entrar algún “paquetito” dentro del complejo por cien mil pesos*¹³⁵”.

¹³³ Coyle Andrew, “La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario”, Internacional Centre for Prison Studies, Kings College London, pp. 15.

¹³⁴ Técnicamente podemos hablar de corrupción institucionalizada, que se debe a la actuación de agentes no identificados cuyo objetivo es desnaturalizar o perturbar el funcionamiento de los órganos del Estado. Con lo cual éste se ve debilitado y deviene en ineficaz. Esta corrupción, a su turno, se caracteriza por su naturaleza oculta y forma parte de la estructura institucional o global que permite desprender su incorrecto funcionamiento más allá de precisar las causas o individualizar responsables. Revista Pena y Estado, “Corrupción”, año 1 número 1, artículo de José Hurtado Pozo, pp.156.

¹³⁵ *El Mercurio*, 22 de agosto de 2005.

Recordemos que el Informe Anual anterior constató la existencia de irregularidades, específicamente de situaciones de ingreso de drogas a la cárcel, peticiones de dinero a reclusos, hurtos de bienes de reclusos con ocasión de la práctica de allanamientos y ciertas malas prácticas en la administración del economato¹³⁶, todas irregularidades que si bien se presentaron de manera frecuente, involucran sólo a algunos funcionarios de la Gendarmería.

La disminución de los sueldos

Pese a que el Estado chileno, desde el retorno a la democracia, ha asumido un compromiso de mejorar las condiciones penitenciarias, principalmente por medio de la dictación de una serie de leyes sobre la materia, dichos esfuerzos, en general, no se han materializado del todo. En efecto, las normativas que significaron un avance significativo, fueron las relativas a establecer una asignación de turno al personal de Gendarmería y la que adscribe al personal de Gendarmería de Chile al Régimen Previsional de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, pero el retroceso o piedra de tope fue la Ley que aumentó la dotación de funcionarios en el año 2003, puesto que, como se explicará, trajo aparejada una disminución de sueldos para un número importante de funcionarios.

Como ya lo mencionamos en el Informe Anual anterior¹³⁷, al aumentar en el período 1999 a 2003 la población penal cerca de un 21%, en contraposición al 0,4% de crecimiento que presentó la dotación de vigilantes, en enero del año 2003 se aprueba la Ley 19.851, que modifica las plantas del personal de Gendarmería de Chile¹³⁸, aumentando de manera gradual, en un 72%, la dotación de vigilantes penitenciarios. Se trata, como dijimos, de un incremento en más de 3.800 funcionarios para labores de vigilancia de la población reclusa acompañado de un aumento progresivo en la dotación del personal técnico y profesional, con lo que en un período de 3 años (el año 2003 empezó la formación de los primeros nuevos funcionarios en la Escuela de Gendarmería) el aumento total de funcionarios será de 4.943 plazas.

Por otra parte, la iniciativa legal pretendió mejorar las condiciones laborales en que se desempeñan los funcionarios de

¹³⁶ Ver Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 111

¹³⁷ Véase, Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 90

¹³⁸ El número de personas a contratar en Gendarmería es controlado por ley, toda vez que es uno de los principales componentes del gasto institucional.

Gendarmería. Básicamente, la Ley 19.851 pretendió crear más plazas de funcionarios e incrementar la remuneración de los funcionarios. Sin embargo, en la práctica dichos objetivos no se alcanzaron del todo, por las razones que se pasan a explicar a continuación.

Constatamos durante la investigación para el presente Informe, principalmente a través de conversaciones sostenidas con los dirigentes de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, que el aumento del personal y la ampliación de la escala única de sueldos trajo aparejada una notable disminución de sueldos. Esta disminución la sufren principalmente los nuevos funcionarios que ingresan a la carrera, que lo hacen percibiendo una cantidad inferior de ingresos y se ubican en cuatro grados menos que los que ingresaban antiguamente.

A modo de ejemplo, antes de la ley 19.851, un gendarme que ingresaba a la institución para desempeñarse como vigilante lo hacía en el grado 22 y percibía una remuneración de \$300.000. Con la modificación de la Ley 19.851, se amplía la planta del personal de Gendarmería y se crea el grado 26, con lo cual, el funcionario que ingresa a la Institución, después de esta modificación, lo hace percibiendo solo \$200.000.

Al respecto, el Secretario General de la Asociación de Funcionarios Penitenciarios expresó: *“Este es uno de los grandes problemas que tenemos hoy, se amplió la capacidad del personal pero se disminuyeron los sueldos”*.

A ello debe sumarse que esta reducción de remuneraciones tiene gran cobertura, puesto que abarca al personal de vigilancia que actualmente cubre más del 80% del personal de Gendarmería. En efecto, el grado 26 presenta una dotación de más de 4.000 cargos. Con lo cual, según explican los dirigentes de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, *“en pocos años, más del 50% de los funcionarios ganará \$200.000, ya que la gran base de los funcionarios está en el grado 26, es decir, jóvenes sin experiencia y con malos sueldos”*. La siguiente tabla muestra el porcentaje que representa cada uno de los grados en la Institución de Gendarmería¹³⁹:

¹³⁹ Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 91.

AÑO	Después Ley 19.851	Porcentaje
Vigilantes	9.199	82%
Oficiales	712	6.3%
Profesionales	422	3.7%
Técnicos	239	2.1%
Administrativos	353	3.1%
Otros	241	2.1%
Total	11.166	100%¹⁴⁰

Estándares Internacionales

De acuerdo a los estándares internacionales, la adecuada gestión de las cárceles es aquella que se realiza dentro de un contexto de respeto de los derechos humanos y que se logra con cuestiones básicas como el respeto de la calidad humana de todos aquellos que integran un centro de reclusión, es decir, los reclusos, las víctimas y el personal penitenciario¹⁴¹.

El trabajo penitenciario es muy exigente, e implica un servicio público al tener que trabajar con hombres y mujeres que han sido privados de libertad, muchos de los cuales sufren trastornos mentales o adicciones, y carecen de aptitudes sociales y educativas.

Como expresan los especialistas, para realizar esta tarea de manera profesional no sólo se requieren buenas aptitudes e integridad personal sino que además de un trato digno. Ello supone, en primera instancia, que los hombres y mujeres que trabajan en las prisiones deben ser cuidadosamente preparados para garantizar que tengan las cualidades personales y la formación educativa adecuada. Además requieren de una remuneración idónea con el cargo que desempeñan, lo cual incide en el hecho de que es improbable que se consiga atraer a las personas idóneas con sueldos muy bajos¹⁴².

El trabajo penitenciario es uno de los más complejos de los servicios públicos, y ello debe quedar reflejado en los salarios abonados

¹⁴⁰ Las cifras no suman exactamente el 100% debido a que se han eliminado las centésimas.

¹⁴¹ Ver Human Rights and Prisons: A Manual on Human Rights Training for Prison Officials, publicado en una edición experimental por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2000.

¹⁴² Ver, Coyle Andrew, "La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario", Internacional Centre for Prison Studies, Kings College London, pp 28.

al personal de las cárceles, en todos los niveles. Sea cual fuese el grupo que se utilice como parámetro comparativo para fijar la remuneración, el Estado debe ser consciente de que el personal penitenciario tiene derecho a una remuneración digna, porque de lo contrario se abre peligrosamente la posibilidad de la corrupción.

2) FALTA DE PERSONAL

La falta de personal genera problemas complejos, repercutiendo directamente sobre los internos en la falta de seguridad e integridad física y en la comisión de apremios fuera del régimen de castigos.

En lo que dice relación con la integridad física, la falta de personal repercute en la escasa intervención de los funcionarios cuando los reclusos pelean, con lo cual, se contribuye a que éstos se dañen o lesionen. Como señalábamos en el Informe Anual anterior, las riñas son un fenómeno transversal del régimen penitenciario chileno, y la falta de personal hace que cuando se produce una pelea los funcionarios no intervengan, a menudo para proteger su propia integridad¹⁴³.

A su turno, la falta de personal contribuye a que se generen apremios fuera del régimen de castigo, debido a que algunos gendarmes que se sienten disminuidos en cantidad utilizan tratos violentos y abusivos para con los internos como una forma de intimidarlos y de hacer notar su superioridad. Entre los tratos violentos, se cuentan los malos tratos verbales, golpes de menor entidad, como empujones o cachetadas, amenazas de agresión física, ejercicios físicos, patadas y combos¹⁴⁴.

Por otra parte, la falta de personal genera, en el caso de los funcionarios de Gendarmería, jornadas extensas de trabajo y la utilización de los alumnos de la Escuela de la institución. Tales situaciones, a su vez, generan otras dinámicas que se localizan en los internos y en la estructura del propio sistema penitenciario, como por ejemplo, los bajos niveles de seguridad al interior de los penales, la falta de seguridad e integridad física de los internos, la arbitrariedad en la aplicación de sanciones, los apremios fuera del régimen de castigo y otros abusos.

¹⁴³ Ver Informe Anual de Derechos Humanos 2005, pp. 73 y 78.

¹⁴⁴ Por ejemplo, en el Informe Anual anterior algunos internos relataron: “mira, por ejemplo, aquí hay un mayor que, por ejemplo, tiene un palo bastante grueso que se llama, tiene escrito con plumón “consejo” y él, como jugando, por ejemplo, por cualquier cosa te dice ven ¿sabís que? Te voy a darte dos consejos o cuatro consejos pa que caminís mejor y te pesca a palos y son marcas que te quedan”. Ídem, p 60.

En lo que toca a este apartado, antes de analizar la situación de las extensas jornadas de trabajo y la precaria formación de los alumnos que por falta de personal son llevados a trabajar a las unidades penales, revisaremos la falta de dotación de gendarmes, para posteriormente, explicar cada una de las dinámicas que afectan a los internos.

Algunos datos sobre la dotación de Gendarmes

De acuerdo a las cifras existentes, y como se explicó en el Informe anterior¹⁴⁵, el nivel de crecimiento de la planta de gendarmes no es proporcional a las tasas de crecimiento de la población penal. Así, en el año 1980 existían 4.663 vigilantes y 413 oficiales en relación a una población de 15.230 personas recluidas. Al año 1999, había 5.399 vigilantes y los mismos 413 oficiales para una población que aumentó a 30.051 internos. En el año 2003, la situación empeora aún más: 5.361 vigilantes y los mismos 413 puestos de oficiales para una población de 36.331 reclusos. Lo anterior es ilustrado por medio de la siguiente tabla comparativa:

Año	Vigilantes	Oficiales	Población penal
1980	4.663	413	15.230
1999	5.339	413	30.051
2003	5.361	413	36.331

Como se observa, en el período 1980 a 1999 el número de reclusos aumentó en casi un 100%, mientras el número de vigilantes tan sólo aumenta en un 14%. La relación al año 1980 era de 1 vigilante cada 3,2 presos mientras que en 1999 pasó a ser de 1 vigilante cada 5,6 reclusos. En el período 1999 a 2003 esta tendencia se ha acentuado, la población penal aumenta en cerca de un 21% mientras que la dotación de vigilantes varía en un 0,4%. La relación al año 2003 es de 6,7 reos por vigilante. Desde 1980 al año 2003, además, el número de plazas para oficiales se mantiene invariable en 413.

En razón de lo antes expuesto, en enero del año 2003 se aprueba la Ley 19.851, que modifica las plantas del personal de Gendarmería de Chile,¹⁴⁶ aumentando de manera gradual, en un 72%, la dotación

¹⁴⁵ Ver, Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 89.

¹⁴⁶ El número de personas a contratar en Gendarmería es controlado por ley toda vez que es uno de los principales componentes del gasto institucional.

de vigilantes penitenciarios. Se trata de un incremento en más de 3.800 funcionarios para labores de vigilancia de la población reclusa, acompañado de un aumento en la dotación del personal técnico y profesional. Con ello, en un período de tres años (el año 2003 empezó la formación de los primeros nuevos funcionarios en la Escuela de Gendarmería) el aumento total de funcionarios será de 4.943 plazas. La siguiente tabla muestra esta información, diferenciando la situación antes y después de la ley 19.851¹⁴⁷:

Planta	Antes ley 19.851	Después ley 19.851	Aumento de plazas
Vigilantes	5.361	9.199	3.838
Oficiales	413	712	299
Profesionales	114	422	308
Técnicos	55	239	184
Administrativos	39	353	314
Otros	241	241	0
Total	6.223	11.166	4.943

La ley intenta responder, además, a los nuevos requerimientos que importa la implantación de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, la que demanda una mayor cantidad de gendarmes para diversas funciones, como la ejecución de informes previos a la sentencia por parte de profesionales, el traslado de reclusos a los tribunales, la generación y sistematización de información que debe ser entregada a los jueces, fiscales y defensores, así como la custodia y vigilancia de los tribunales durante el desarrollo de los procesos, entre otras.

Sin embargo, y pese al aumento considerable de la dotación de gendarmes que se prevé para los próximos 3 años, la relación entre el número de gendarmes e internos seguirá siendo deficiente desde el punto de vista de los parámetros internacionales. En efecto, según el estudio realizado al respecto por la Fundación Paz Ciudadana, el estándar para los países en desarrollo es de 2,6 internos por Gendarme. Hoy día esta tasa en Chile corresponde a 6,5 reos por gendarme, y de hacerse efectivo el aumento de dotación que importa la ley 19.851 se alcanzaría un estándar de 3,8 internos por gendarme¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Paz Ciudadana, op. cit.

¹⁴⁸ Ver, Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 91

2.1) *Extensas Jornadas de trabajo*

La actividad laboral de los funcionarios de Gendarmería se encuentra estrechamente vinculada con la jornada cotidiana de un recinto penal. De ahí que para formarse una idea acerca de la actividad laboral de los gendarmes sea necesario saber cómo se desenvuelve una jornada típica dentro de una cárcel.

Como lo evidenciamos en el Informe Anual anterior, la jornada diaria en una unidad penal está sujeta a los reglamentos internos de cada penal, y por ello pueden existir algunas diferencias de horario entre unos y otros. En términos generales, la jornada diaria al interior de los recintos se estructura de la siguiente manera: los reos o internos se levantan a las ocho de la mañana, la que es seguida inmediatamente por “la cuenta”, mediante la cual los gendarmes verifican –contando a los internos– que la población penal esté completa y que no haya existido alguna fuga de reos durante la noche. Luego de la cuenta, se produce el desencierro de los reclusos, que es el momento del día en que dejan sus celdas y pueden acceder a los patios del recinto por aproximadamente dos horas. A mediodía los internos deben volver a sus celdas para efectos del almuerzo por un lapso de dos horas. Luego de ello, existe un nuevo desencierro por alrededor de tres horas, para después, alrededor de las 17 horas, llevarse a efecto nuevamente la cuenta de los internos y procederse a las 18:30 horas al encierro de los reclusos.

A lo anterior hay que agregar que es de cotidiana ocurrencia que un número no menor de reclusos o reos sean trasladados a diferentes lugares, como tribunales, hospitales u otros recintos penitenciarios. También se deben contemplar las visitas, puesto que la regla general es que los establecimientos penales contemplen que los reclusos reciban visitas dos veces a la semana por un lapso de aproximadamente dos o tres horas¹⁴⁹.

Para poder cumplir con el normal funcionamiento de un Penal, el personal de Gendarmería debe desplegar una serie de turnos, de modo de asegurar la continuidad de las actividades antes mencionadas. Para ello debemos distinguir dos sistemas de turnos: i) Los que cumplen los funcionarios de menor jerarquía, y ii) la guardia interna que realizan funcionarios de mayor experiencia.

i) El turno que cumplen los funcionarios de menor jerarquía, que son los alumnos egresados de la Escuela de Gendarmería, consiste en las guardias perimetrales, en las garitas o torreones, es decir, la labor de centinelas.

¹⁴⁹ Véase, Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 97

- ii) El segundo turno, el de guardia interna, consiste en la labor que se realiza directamente con los internos en el interior de la cárcel, es decir, en galerías, módulos o calles –dependiendo del modelo de cárcel. En concreto, las actividades consisten en realizar la cuenta, custodiar a los internos para que no se lesionen y realizar allanamientos en los casos que corresponda. Esta es una actividad que realizan funcionarios con más experiencia por el contacto cercano que se tiene con los internos o reclusos.

Los turnos que se han estipulado dependen de la actividad que se realice. En el caso de los primeros, esto es, el de los centinelas, se ha estipulado un turno de cuatro horas de vigilancia por ocho de descanso. En el caso de las guardias internas, se estipula una jornada diferente, entrando a trabajar a las ocho de la mañana y retirándose a las 18 horas. En ambos casos, según el reglamento, las dinámicas se desarrollarán por tres o cuatro días por un día completo de descanso.

Sin embargo, la falta de personal ha traído aparejado que en la práctica lo anterior no se cumpla. Así, en el caso de los centinelas, el turno consiste en cuatro horas de trabajo por cuatro horas de descanso en forma continuada hasta por ocho o nueve días, llegando en algunos recintos penales a quince días de trabajo por un día de descanso .

Como ya hemos explicado, las diversas actividades que se llevan a cabo en el interior de la cárcel obligan a los centinelas que se encuentran en sus horas de descanso a colaborar en otras funciones, como por ejemplo, en los registros y control de las visitas, el traslado a tribunales y el control de los sectores más desprovistos de seguridad. Por lo mismo, cuando les corresponde sus turnos de descanso no pueden descansar, especialmente durante la jornada diurna, que es cuando más actividades deben realizar. De ahí que sea sólo en la noche, cuando las actividades de la unidad disminuyen, cuando pueden recuperarse efectivamente las cuatro horas.

Un funcionario de Gendarmería y dirigente de la Anfup señaló al respecto: *“Los turnos son excesivos, a los funcionarios no se les permite descansar. Por ejemplo los centinelas arrastran un problema histórico, constantemente están en turnos y en sus descansos deben realizar actividades extras”*

Otro funcionario de Gendarmería expresó: *“El centinela realmente trabaja los siete días de la semana y el único espacio que les queda para descansar es cuando el espacio se les genera en la noche, y ahí puede dormir cuatro horas porque la actividad disminuye ya que no hay visitas ni traslados a tribunales”*.

De acuerdo con la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, en estos momentos más del 30% de los recintos están desplegando estos turnos maratónicos de 15 días. En efecto, el Secretario General nos explica que: *“Un 30% de los recintos están en estos momentos con los turnos de quince días continuos, por ejemplo Colina dos, que actualmente es uno de los penales más críticos”*.

A la situación de los turnos se suman dos problemas adicionales que vuelven la situación insostenible. La primera, relativa a las reiteradas ausencias laborales de los funcionarios por enfermedad y la segunda consistente en la falta de cambio en las funciones. En otras palabras, estas dinámicas tienden a aumentar más que a disminuir, debido a que con estas condiciones laborales un número importante de funcionarios por razones de enfermedad se ausenta de sus labores, por el alto nivel de estrés y desgaste que le significan los turnos y un número no menor de funcionarios no puede realizar otra labor que no sea la de centinela.

No existe un número oficial de las licencias médicas que utilizan los funcionarios de Gendarmería, pero según la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, la utilización de ellas es elevado.

En lo que dice relación al segundo problema, el de la falta de cambio de función, existen pequeñas unidades ubicadas en regiones donde hay funcionarios que llevan realizando las labores de centinela y cumpliendo con estos turnos por más de quince años. Según la Asociación de Funcionarios Penitenciarios, esta situación no respeta la práctica que se había instaurado en el interior de la institución donde los centinelas no duraban más de tres años en esa labor y además genera serios problemas de desarraigo familiar y problemas de autoestima para el funcionario.

Además, las extensas jornadas de trabajo generan un fenómeno que se focaliza en los internos, cual es el de los bajos niveles de seguridad. El hecho de que las largas jornadas se concentren en aquellos funcionarios que realizan labores de guardia en las torres y muros de los recintos penales genera un impacto en los niveles de seguridad, los cuales disminuyen al tener como vigilantes a jóvenes mal remunerados, cansados por la sobrecarga y que carecen de la indumentaria adecuada.

Si bien es cierto que no existen cifras oficiales disponibles acerca del número de fugas verificadas de año en año –lo cual de por sí revela una deficiencia del sistema–, el Informe Anual anterior da cuenta de alrededor de 10 fugas¹⁵⁰ y en el transcurso de 2005 ocu-

¹⁵⁰ Ver página 92

rrieron varias que generaron gran conmoción pública. Ello sucedió, por ejemplo, con la fuga del violador de Reñaca del Penal de Alta Seguridad de Valparaíso a finales de julio, y la fuga de dos reos del penal de Temuco en diciembre.

En relación al caso del violador de Reñaca, de las variadas razones que se dieron para explicar la fuga, la principal giró en torno a las pésimas condiciones de trabajo de los gendarmes, con sobrecarga en la jornada laboral y bajas remuneraciones¹⁵¹.

A su turno, la fuga del penal de Temuco se materializó con la utilización de una sábana: ambos internos rompieron parte de la estructura metálica del techo del gimnasio y se descolgaron en plena tarde hacia la calle Las Heras empleando un par de sábanas anudadas¹⁵².

2.2) *Precaria formación de los postulantes a Gendarmes*

Los postulantes a gendarmes son llevados a los dos meses de estudios a las unidades penales a realizar trabajos propios de un funcionario de planta, con lo cual parte importante de su formación es adquirida en los recintos mismos y transmitida por los funcionarios de más antigüedad. De esta forma, resulta fácil que el postulante se “contamine” con aquellas prácticas que son vulneradoras de derechos humanos y que las asuma sin cuestionamiento dada su precaria formación. Nos referimos, entre otras muchas prácticas, a aquellas destinadas a dejar impunes los abusos cometidos, como ocurre, con las que buscan dejar en la invisibilidad la tortura, cuando, después de golpear a los reclusos, los funcionarios aplican en las zonas afectadas agua helada, ya sea sumergiendo a los internos en tambores o tirándosela directamente con mangueras, lo que hace desaparecer los moretones o magulladuras propias de los apremios¹⁵³.

La formación real de los postulantes a Gendarmería

A nivel internacional existen dos grandes sistemas en materia de formación de personal de cárceles. El primero consiste en la transmisión de conocimientos de antiguos funcionarios a nuevos y el segundo emplea la utilización de una Academia para enseñar el oficio.

¹⁵¹ Diario Siete, del 4 de agosto de 2005

¹⁵² *El Mercurio*, 19 de diciembre de 2005

¹⁵³ Ver Informe Anual de Derechos Humanos 2005 Hechos 2004, pp. 58.

En Chile se ha creado una Escuela de Gendarmería y los alumnos de acuerdo al estatuto no pueden estar menos de un año académico dentro de sus clases. Sin embargo, esto en la práctica no se cumple, ya que ante la falta de personal suficiente para custodiar los recintos penales, la Dirección Nacional de la institución ha dispuesto que los postulantes efectúen tareas propias de los funcionarios de carrera, con lo cual aquéllos a los dos meses de ingresados a la escuela comienzan a realizar labores propias de los segundos, sometiéndoles a los mismos turnos extenuantes, pero recibiendo por dicha labor apenas \$ 20.000, es decir, menos de un quinto de un salario mínimo legal.

Como pudimos constatar en las entrevistas sostenidas con gendarmes, a los alumnos que ingresan a la escuela sólo se les enseñan destrezas en el manejo de armamento y otras de carácter militar, tales como aprender a marchar, a formarse y a trotar. Los cursos contemplados en la malla curricular se estarían materializando de forma simplificada, debido a que, como recién se ha descrito, a los dos meses de ingresados a la Escuela son llevados a los penales en la calidad de "Alumnos en práctica".

Sobre el particular, por ejemplo, un funcionario expresó: *"En la Escuela los que hacen clases son los oficiales, se les llama instructores y se privilegia el tema militar por sobre el académico, se les enseña a marchar, a desfilar y luego si hay tiempo otras cosas"*

Esta práctica profesional, que se encuentra contemplada en el programa curricular con una duración que no supera los dos meses, actualmente dura más de cuatro. En ellas se obliga a los alumnos en práctica a ejecutar labores de centinelas, de traslados a tribunales o revisión de visitas, tareas que normalmente deberían ser realizadas por funcionarios de Gendarmería. Además, las condiciones de trabajo en las prácticas es similar a la de los funcionarios, es decir, sujetas a los mismos turnos extenuantes de 15 días con no más de tres horas de descanso diario.

Según un funcionario de Gendarmería: *"No se está cumpliendo la malla curricular y además hay un gran abuso por parte de Gendarmería porque está sacando a los alumnos como conejillos de indias. Y no hay preocupación, el único objetivo que se persigue por la institución es que no se fuguen los reos y a los vigilantes alumnos los tienen ahí realizando funciones propias de un gendarme con \$20.000"*.

A ello se agrega otro problema, que se materializará en 2006, y que consiste en que los 350 nuevos vigilantes que egresarán a final de año, los cuales han sido sometidos a prácticas recién descritas, no serán destinados a las garitas de vigilantes, sino a los Complejos

Concesionados, con lo cual se generará el problema de que los jóvenes preparados para la labor de vigilantes deberán realizar labores distintas a aquellas para las cuales fueron formados.

Para la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios se trata de un problema de extrema gravedad y responsabilizan a la Dirección Nacional por no ser capaz de planificar correctamente y de prever la carrera funcionaria de la planta II en la que se encuentran los funcionarios.

Ahora bien, el tener a jóvenes con escasa preparación cumpliendo labores de un gendarme egresado genera una serie de graves conflictos dentro de la tropa, que hacen que esta situación sea aún más compleja. Por ejemplo:

- i) **Manipulación de armamento:** dos meses de adiestramiento en el manejo de armas no es suficiente, lo cual ha traído aparejado varios accidentes durante 2005. Por ejemplo, el que ocurrió en la unidad penal de Copiapó en noviembre, en que a un alumno vigilante en práctica se le escapó un tiro hiriendo a uno de sus compañeros mientras cumplía su guardia. El funcionario herido fue llevado al Hospital de Dipreca con perforación de pulmón.
- ii) **Malas condiciones de los funcionarios y alumnos en práctica:** Los alumnos en práctica vienen a incrementar los problemas de hacinamiento que sufren los funcionarios, ya que los pocos espacios con que cuentan hacen que la situación se haga aún más crítica con la llegada de los alumnos. Esta situación trae como corolario que los funcionarios no miren con buenos ojos a los postulantes, que vienen a deteriorar aún más las condiciones de convivencia y a utilizar sus limitados espacios. A lo anterior se suma que son los funcionarios los que terminan enseñando el oficio a los practicantes, prestándoles parte de su uniforme, con todas las consecuencias negativas que ello puede implicar.
- iii) **Carencia de equipo suficiente y de uniforme para cumplir con sus funciones:** en el apartado siguiente se revisará esta situación, pero desde ya es posible adelantar que existe el problema de que a los funcionarios recién egresados de la Escuela no se les proporciona el uniforme necesario para cumplir sus funciones. Esta situación no sólo la padecen los funcionarios de carrera, sino que también se extiende a los alumnos en práctica, a los cuales además no se les entrega útiles de aseo, chalecos, parkas o chaquetones.

Un dirigente de la Anfup sobre esta situación opinó: *“Lo que a nosotros nos apena es que más que funcionarios públicos lo que están sacando de la Escuela es a carceleros y eso se hacía en el siglo XVIII o en el*

XIX, pero en el siglo XXI esto no se puede admitir. Además son jóvenes de dieciocho años para una función tan delicada como cuidar a personas que están en la cárcel”.

Otro funcionario sobre el mismo tema expresó: “Hay un ambiente de inseguridad, además los alumnos generan conflictos para los demás funcionarios porque los alumnos ocupan los pocos espacios que tienen ellos, además los funcionarios antiguos deben pasarles a los alumnos ropa”.

Esta situación motivó al Consejo Nacional de Presidentes Provinciales de la Anuf a incluir dentro de sus conclusiones esta situación. En particular ellos se pronuncian sobre la malla curricular y expresan: “Se solicita al Sr. Director Nacional efectuar una revisión a la malla curricular de la Escuela de Gendarmería en lo que se refiere a los vigilantes alumnos y que a contar del 1° de enero del año 2006, la Escuela dé cumplimiento a los períodos de instrucción como están establecidos en los planes de estudios y, que no sean enviados los alumnos en prácticas de servicios extensas a las unidades penales, sino que solamente los períodos previamente determinados, ya que esta Anfup, ha podido comprobar en terreno el abuso de que son objeto los vigilantes alumnos haciéndolos cumplir turnos inhumanos que corresponden al personal de planta sin una remuneración acorde, con una muy mala alimentación y un pésimo equipamiento, además del mal trato de que son objeto por parte de los oficiales de guardia y otros, como así también, han sido sancionados administrativamente e incluso con días de arresto y algunos han sido dados de baja por informes negativos relacionados con hechos netamente del quehacer penitenciario y no por problemas de formación”.¹⁵⁴

Estándares Internacionales

La situación expuesta anteriormente implica una transgresión de estándares internacionales; en efecto, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, Regla 47, contempla, entre otros, que el personal deberá seguir, antes de entrar en el servicio, un curso de formación especial y pasar satisfactoriamente las pruebas, tanto las teóricas como las prácticas. Además, en el transcurso de la carrera deberá seguir cursos de perfeccionamiento que se organizarán periódicamente.

¹⁵⁴ Conclusiones Consejo Nacional de Presidentes Provinciales de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, del 5 de diciembre de 2005. Conclusiones dirigidas al Director Nacional de Gendarmería de Chile.

Como podemos apreciar, la situación chilena no está cumpliendo con esta dimensión de la Regla 47, la relativa a la formación, puesto que el poco tiempo en que se encuentran los alumnos en la Escuela, la baja remuneración que reciben, y el trato que se les da, hacen que no se cumpla con el objetivo de la enseñanza.

El valor fundamental que se quiere recoger es que una vez captado y seleccionado el personal adecuado, es necesario proporcionarle una capacitación idónea, tanto ética como técnica. El primer requisito es reforzar en todos ellos la adopción del contexto ético dentro del que deben administrarse las cárceles. Debe exponérseles claramente que todas las aptitudes técnicas que se les enseñarán deben estar basadas en la dignidad y humanidad de todos quienes tienen que ver con las Unidades. Es necesario, además, transmitir a los funcionarios las aptitudes básicas necesarias para tratar a otros seres humanos de manera digna.

Seguidamente, se debe entregar al personal la capacitación técnica necesaria. Deben conocer los requisitos de seguridad, es decir, aprender las tecnologías de seguridad, como manejo de llaves, candados y equipos de vigilancia; preparar informes y conocimiento acerca de los reclusos y la conducta que puede esperarse de ellos¹⁵⁵.

Por último, trabajar en una prisión requiere una combinación poco común de cualidades personales y aptitudes técnicas. El personal penitenciario debe tener las cualidades personales que le permitan tratar con todo tipo de reclusos, incluso los más duros y peligrosos, de manera equitativa, humana y justa. Esto presupone procesos de contratación y selección muy estrictos, para que el sistema admita únicamente a las personas con las cualidades adecuadas. Sólo si este tipo de personas ocupa el puesto de funcionario penitenciario será posible denominar "profesión" al trabajo en las prisiones.

3) FALTA DE UNIFORMES Y MALA CALIDAD DE LOS MISMOS

En el transcurso del 2005 se evidenció que los funcionarios de gendarmería por algunos años tuvieron que comprar sus uniformes. Si bien en el curso del año dicha situación fue solucionada por las autoridades, sólo lo fue parcialmente, ya que si bien ahora los funcionarios reciben su indumentaria de trabajo ésta es de mala calidad.

¹⁵⁵ Coyle Andrew; "La Administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos" Manual para el personal penitenciario; International Centre for Prison Studies; Kings College London, pp 22.

Esta situación, sin duda, contribuye a que el funcionario no se sienta orgulloso de pertenecer a la institución lo que, por supuesto, lo lleva a cumplir sin suficiente motivación sus funciones.

Un dirigente de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios al respecto expresó: *“Gano como 190 lucas, más encima me tengo que comprar el uniforme, ¿usted cree que voy a tener alguna pasión por lo que hago?”*¹⁵⁶

A continuación describiremos con mayor detalle esta situación.

Ineficacia de las normas que regulan el uniforme

Según la normativa que rige a Gendarmería, los funcionarios están obligados a utilizar el uniforme, ya que de lo contrario serán sancionados. El Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile (DFL N°1.791), contempla dentro de los deberes que deben guardar los funcionarios el usar conforme a reglamento el uniforme, vestuario, equipo y armamento¹⁵⁷. La infracción de sus obligaciones y deberes profesionales los hace incurrir en responsabilidad administrativa. Específicamente, el artículo 52 contempla que el personal de Gendarmería de Chile tendrá derecho a que se les proporcione uniformes, vestuario, equipos, armamento y municiones, los que deberán usar de acuerdo al reglamento, para lo cual se contemplará anualmente los recursos suficientes en la Ley de Presupuesto¹⁵⁸.

En la práctica esto no se está cumpliendo, debido a que Gendarmería desde hace cinco años sólo entrega a parte de sus funcionarios el vestuario necesario y obliga a sus profesionales a comprarlos con sus propios recursos, descontándoselos por planilla. En efecto, el ex subdirector administrativo José Pablo Lagos admitió que la compra de uniformes reglamentarios por parte de los propios funcionarios es anterior a 2002¹⁵⁹.

El Presidente de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, Carlos Donoso, señala al respecto que *“La situación es crítica. Gendarmería tiene la obligación de distribuir gratuitamente uniformes para la totalidad de los funcionarios y que sólo lo está haciendo para un tercio del personal. O sea, el resto debió sacar plata de su bolsillo y comprar en empresas externas. Y eso va en desmedro de la mermada econo-*

¹⁵⁶ *El Mercurio*, 22 de agosto de 2005

¹⁵⁷ Ver artículo 4° letra f)

¹⁵⁸ DFL N°1.791, Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile, Título VI, De los sueldos, asignaciones y otros beneficios.

¹⁵⁹ *El Mercurio*, Lunes 8 de agosto de 2005

*mía de los gendarmes. Ganamos poco y además tenemos que gastar en algo que el servicio nos debe dar*¹⁶⁰.

Origen del Problema

La Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios detectó este problema luego de realizar una serie de visitas por las distintas unidades penales del país y se encontró en cada una de ellas con esta realidad. Además, comenzaron a recibir las denuncias de los funcionarios, que se quejaban de que hace más de cinco años que la institución no les estaba entregando uniformes y que los obligaban a incurrir en excesivos gastos con el fin de adquirir todo tipo de prendas de uniformes. Por ejemplo, según la Asociación de Funcionarios Penitenciarios, en el mes de febrero del 2004 Gendarmería facturó a nombre de la empresa "Chalecar" \$16.569.229, lo que da un promedio anual de alrededor de doscientos millones de pesos¹⁶¹. De ello se puede desprender además que Gendarmería está en pleno conocimiento de esta práctica y lucrándose con ello.

Sobre este punto un funcionario que es dirigente de la ANUF expresó: *"Imagínese que nadie se explica que hasta el 2005 esta institución no tuviera reglamento de vestuario, que no se regulara su forma de llevarlo, a quién se compra y quién puede confeccionarlo"*.

El peligro de la venta de uniformes

Un problema ligado a la compra de los uniformes por los propios funcionarios, es el relativo a la falta de control que tenían las variadas empresas que vendían uniformes¹⁶², las cuales, incluso podían hacerlo en kioscos improvisados dentro de las unidades penales, lo que facilitaba que cualquier persona pudiera comprar estos implementos, generando con ello serios problemas en la seguridad de los recintos. De hecho en el transcurso del 2005 dos presos del penal de Arica se fugaron vestidos de Gendarmes.

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Informe enviado por la ANUF a la Contraloría General de la República el 5 de abril de 2004.

¹⁶² De acuerdo a la AFUP esta situación genera la existencia de empresas como Unidades Especiales de Gendarmería, dedicadas al negocio de fabricar, distribuir y vender piezas de uniformes del personal, por ejemplo, C.E.T de Arica y Valparaíso, La Mutualidad de Funcionarios de Gendarmería, empresa "Chalecar", la empresa "Centinela". Además de varias personas naturales no identificadas plenamente, todo esto sin ningún control legal sobre la materia, como el que dice relación con la seguridad en el uso y distribución de uniformes.

Sobre lo anterior, el presidente de la Asociación, explicó: *“Aquí se dan dos situaciones. Una anormal y la otra peligrosa. Claro, porque por ejemplo el 2003 sólo 2.247 funcionarios de una planta de 7.104 recibieron uniformes. O sea, hubo una gran porción que debió ir a las firmas “Chalecar”, “Centinela” y otras para comprar tenidas con plata de su bolsillo. Y como hay empresas externas que elaboran uniformes, no cuesta mucho para que un grupo de inescrupulosos compre uniformes y, quién sabe, entran a una cárcel disfrazados y crean una situación de crisis o una fuga¹⁶³”.*

Otro Dirigente de la Asociación declaró: *“Si van estas empresas y se meten a las Unidades e instalan un quiosquito y se ponen a vender uniformes. Si yo quisiera podría comprarme un uniforme de oficial y nadie me controla”.*

En el mismo sentido, un funcionario de Gendarmería: *“Obviamente está detrás el tema de la seguridad y nosotros lo denunciemos porque nada nos asegura que el día de mañana grupos delictuales consigan estos uniformes e ingresen a una unidad penal y se produzca una fuga. De hecho ocurrió en Arica en que dos reos se fugaron vestidos de uniforme”.*

Curiosamente, la empresa Chalecar, es una de las firmas que la dirección de Inteligencia de Carabineros se encuentra indagando por la presunta venta de uniformes falsificados. Estas prendas, conforme a lo señalado por los dirigentes, podrían ser usadas por delinquentes para disfrazarse de Carabineros.¹⁶⁴

Por otro lado, la Contraloría General de la República se pronunció sobre esta situación luego de recibir una petición de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, la cual contenía las siguientes solicitudes¹⁶⁵:

1. Que se prohíba a toda empresa, Unidad Especial, como persona en general, que sin los procedimientos legales comercialice, fabrique y distribuya prendas de vestir del personal uniformado de Gendarmería. Como asimismo se reitere la prohibición de ingreso a los Establecimientos Penales y Especiales de Gendarmería, de cualquier persona a vender piezas de uniformes, por comprometer la seguridad nacional, personal y el patrimonio de los funcionarios.
2. Que se ordene por la Contraloría la prohibición de efectuar los descuentos en las liquidaciones de remuneraciones, por concep-

¹⁶³ *El Mercurio*, Lunes 8 de agosto de 2005.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Estas solicitudes se emitieron a la Contraloría General de la República el 2 de abril de 2004.

to de haber adquirido prendas de vestir en la empresa “Chalecar” u otras similares, toda vez que es obligación de Gendarmería proporcionar gratuitamente los uniformes a sus funcionarios, por lo que no procede descuento alguno, por sí o por interpuesto Comité, ya que ello no está autorizado por ley.

3. Que se ordene investigar a través de un procedimiento administrativo, las razones y un estado actualizado de por qué el Departamento encargado de esa función no ha entregado los uniformes a los funcionarios, con la regularidad y calidad que determina la norma. Además, que se informe por Gendarmería el monto de los dineros que están comprometidos anualmente para la entrega de uniformes, en donde se incluya el movimiento financiero que dé cuenta del uso de recursos efectivos en esa materia.
4. Que se ordene a Gendarmería de Chile distribuir a todo el personal de vigilancia los uniformes, en el tiempo y forma establecidos y con los estándares de calidad debidamente certificados.

La Contraloría General de la República concluyó en su Informe al respecto que “las disminuciones presupuestarias dispuestas en los años 2001, 2002 y 2003 en el ítem 11 “Textiles, vestuarios y calzados”, y su redistribución y traspaso a otros ítemes, no permitieron la adquisición de uniformes para la totalidad del personal penitenciario, debiendo parte de ellos, comprarlos con cargo a su propio peculio. Por lo tanto—, Gendarmería de Chile deberá adoptar las medidas que sean necesarias con el fin de informar las materias observadas a esta Contraloría General, dentro del plazo que se admite, contado desde la fecha de recepción del presente informe”¹⁶⁶.

En particular, el informe de la Contraloría se centra en cuatro aspectos: i) financiamiento del uniforme para el personal; ii) reposición de uniformes; iii) proceso de adquisición y distribución de uniformes; y iv) adquisición directa de uniformes. A continuación pasamos a explicar estos aspectos:

- i) Sobre el Financiamiento del Uniforme para el personal penitenciario, en el Informe de la Contraloría General de la República se establecieron notables traspasos del ítem Vestuario a otros ítemes. Por ejemplo, se puede destacar el año 2003, donde la disminución del ítem 11 (“Textiles, vestuario y calzados”), por \$551.398.074, fue traspasada mayoritariamente a los ítemes 14 (“Mantenimiento y Reparaciones”) y 17 (“Servicios Generales”).

¹⁶⁶ Contraloría General de la República, Informe N°89/2005, de 5 de julio de 2005.

Presupuesto Inicial / Presupuesto ejecutado
Nivel de Item 11
2001-2003¹⁶⁷

ITEM 11 TEXTILES, VEST, CALZADO	PRESUPUESTO	EJECUCION	VARIACION
AÑO 2001	1.223.125.824	1.117.833.993	-105.291.831
AÑO 2002	1.379.677.747	1.218.394.684	-161.283.063
AÑO 2003	1.509.988.400	958.590.326	-551.398.074

- ii) En lo relativo a la reposición de uniformes para el personal penitenciario, la Contraloría constató que los fondos asignados en cada período, destinados a solventar los compromisos en vestuario y equipo para el personal en el presupuesto inicial y los ejecutados por el servicio, no cubrieron los requerimientos totales de la institución, destacándose los años 2002 y 2003, con un financiamiento de sólo el 30% de la dotación total, como se puede apreciar en el siguiente cuadro¹⁶⁸:

AÑOS	2001	2002	2003
Dotación Total (Oficiales y Vigilantes)	7.039	7.089	7.104
Cantidad de Uniformes a Financiar	3.428	4.087	4.379
Porcentaje	49%	57%	61%
Cantidad de Uniformes efectivamente financiados con el presupuesto	3.408	2.144	2.247
Porcentaje	49%	30%	31%

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Ídem.

iii) En particular sobre el proceso de adquisición y distribución de uniformes, la Contraloría observó que en el período que se analiza ella se realizó sin considerar integralmente las necesidades reales del personal, hecho que se vio agravado por la demora en que se incurrió en el proceso de licitación. Asimismo, se comprobó la existencia de un desfase en la información que altera la debida correlación entre la programación de los recursos financieros y su utilización con respecto a los objetivos iniciales, produciéndose diferencias entre la información mantenida en el Departamento de Finanzas y la que maneja el Departamento de Logística, según se detalla a continuación:

**Comparación Presupuesto ejecutado/ Presupuesto distribuido
Solo de uniformes y equipos¹⁶⁹**

VESTUARIO Y EQUIPO PERSONAL	2001	2002	2003
Presupuesto ejecutado según Dpto. Finanzas	699.518.861	450.651.221	483.627.773
Presupuesto distribuido según Dpto. Logística	496.224.084	633.135.287	433.441.384
DIFERENCIAS	-203.294.777	182.484.066	-50.186.389

iv) Respecto de la adquisición directa de uniformes por parte del personal, se estableció por parte de la Contraloría que la menor cantidad en la reposición de uniformes como consecuencia de las modificaciones presupuestarias no autorizadas, obligó a los funcionarios penitenciarios a comprarlos en forma particular, utilizando un convenio que, según lo investigado, se habría suscrito el año 1995, entre el Departamento de Bienestar, Comité de Navidad y la empresa Chalecar, la que se comprometió a confeccionar y vender uniformes al personal, con facilidades de pago, mediante descuentos por planilla. En el año 2003 esta modalidad fue ocupada por 1.700 funcionarios penitenciarios, es decir, un 24% de la dotación nacional.

¹⁶⁹ Ídem.

Amenaza de paralización de los funcionarios

La situación alcanzó su máxima tensión en el mes de agosto del 2005, cuando la Asociación de Funcionarios Penitenciarios hizo ver que llamaría a movilizarse a sus integrantes y a instruirlos para que fueran a trabajar con ropa de civil en caso de persistir el problema. Así, el Presidente de la ANFUP, Carlos Donoso, señalaba: *“Todos los dirigentes están en alerta. De hecho, todos los dirigentes están advertidos de que si no hay una solución inmediata deben instruir a los asociados de ir a trabajar con “ropa de civil” a las cárceles¹⁷⁰”*.

El Subsecretario de Justicia fue el encargado de mediar en la situación y se formó una mesa de trabajo entre el Gobierno, la Asociación y la Dirección Nacional de Gendarmería, producto de la cual se llegó a los siguientes acuerdos: el Gobierno se comprometió con \$ 1.329 millones de pesos adicionales a los ya existentes en el presupuesto para mitigar el problema de los uniformes y dio un plazo a la Dirección Nacional de Gendarmería para que invirtieran esos dineros en la compra de vestuario para el personal. A su turno, Gendarmería se comprometió a crear un reglamento de vestuario y a fiscalizar a las empresas que hacían el uniforme y prohibir que éstas ingresen a las unidades penales. También se ordenó a los funcionarios utilizar solo el vestuario entregado por la institución.

Situación actual

En la actualidad persisten problemas en relación con el vestuario. Si bien los funcionarios ya no tienen que comprarlos, subsisten dificultades con las entregas y la calidad de los mismos. En concreto, esta nueva situación se vincula con: a) el Departamento de Logística; b) el hecho de que los alumnos egresados de la Escuela de Gendarmería carecen de uniformes; y c) la mala calidad de los uniformes entregados.

a) Departamento de Logística

Ya la Contraloría había dejado presente en su Informe citado el desfase de información que se producía entre el Departamento de Logística y el de Finanzas. Este desfase, sin embargo, no sólo atendía a los presupuestos en materia de vestuario y equipo del personal sino a la información del personal mismo.

¹⁷⁰ *El Mercurio*, Lunes 8 de agosto de 2005.

En efecto, el Departamento de Logística es el órgano encargado, entre otros, de distribuir los uniformes a todos los funcionarios¹⁷¹. El problema que se generó consistió en que el Departamento comenzó a distribuir uniformes y sables a funcionarios que ya se encontraban jubilados y a otros no se les entregó porque no estaban contemplados en sus bases.

Al respecto un dirigente expresó: *“En la distribución se generaron los problemas, porque el Departamento de Logística no tiene información actualizada del personal ya que distribuyó uniformes a quien no correspondía, por ejemplo, les mandó uniformes o sables a funcionarios que habían jubilado”*.

Otro funcionario sobre el tema explica: *“Es una falta de respeto, cómo te explicas tú que el Departamento de “Logística” no tenga esta información, si es el de Logística, qué queda para el resto de la institución”*.

b) Los alumnos egresados de la Escuela de Gendarmería carecen de uniforme

Los alumnos egresados de las generaciones 2004 y 2005 no fueron equipados con el uniforme de trabajo, y ellos sólo cuentan con el equipo que se les entregó en la Escuela, que consiste en un pantalón, una camisa, una polera y par de botas. Este es un problema relevante si se tiene en cuenta que estos jóvenes realizarán la labor de centinelas, que en invierno requiere de parcas, chalecos o chaquetones.

Al respecto, un funcionario de Gendarmería explica: “Imagínate lo que es trabajar en Puerto Montt, Concepción, Temuco, Valdivia y con una polera, botas y un pantalón. Imagínate esos guardias”.

“Esta es una falta de respeto para esos jóvenes, salen con bajos sueldos y además no se les entrega su uniforme y tienen que vivir de la caridad de los funcionarios más viejos” Dirigente de la Anfup.

Al final son los gendarmes de más experiencia o más años de servicios los que terminan prestándoles sus parcas o chalecos.

c) Mala calidad de los uniformes entregados

Si bien es cierto que el aporte realizado por el gobierno de \$1.329 millones de pesos adicionales ha significado que el número de fun-

¹⁷¹ Véase, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, DL N°2.859, que contempla las funciones del departamento de logística, entre las que se encuentran: 1. Determinar e informar las necesidades de bienes y servicio de la Institución. Y el N° 6: Proponer sistemas de adquisiciones, almacenamiento, abastecimiento, distribución, mantenimiento y reparación de los elementos necesarios para el cumplimiento de los fines de la institución.

cionarios que no tienen uniforme haya disminuido, el problema no se ha solucionado del todo, debido a que los uniformes que se están entregando son de pésima calidad.

Para un dirigente de la Anfup: *“El tema es que hoy los funcionarios reclaman por la calidad de los uniformes: no son los mejores, la calidad es mala, se destiñen fácilmente, las insignias van pegadas en cualquier parte, la confección no es buena”.*

Esta situación ha motivado que la Asociación incorporara este tema en las conclusiones del Consejo Nacional que se elaboró el 5 de diciembre de 2005. En particular, ella denuncia: “Sr. Director, en el Consejo Nacional de Presidentes de Anfup, efectuado en la localidad de Llo Lleo pudimos comprobar por la información que proporcionaron los dirigentes de cada provincia o Unidad Penal, que el tema de vestuario y equipo que ha sido entregado a la fecha no tiene nada que ver con lo convenido con la Dirección Nacional, Ministerio de Justicia y esta Anfup, toda vez, que el cargo de vestuario que se ha entregado correspondería a saldos de uniforme que se encontraban almacenados en la bodega administrativa, que en muchos casos no estarían aptos para ser utilizados por el personal, por ejemplo, las poleras que llevan el escudo institucional debajo de las axilas, transformándose en una prenda sin forma y no acorde con el uniforme, si a eso les sumamos la mala calidad de las telas con que han sido confeccionadas, como tampoco se ha llevado a cabo una distribución ordenada por Unidades como corresponde debido a que a algunos funcionarios se les han entregado botas, poleras o chambón y a otros se les han entregado tenidas de régimen interno, es decir, parkas y zapatos, quedando de manifiesto que no se está efectuando una adecuada distribución, como realmente debería ser, entregándole a todo el personal sin excepción las mismas prendas de vestir institucional”.

4) EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y SU IMPACTO EN LAS CONDICIONES DE VIDA

Como constatamos en el Informe Anual anterior, existe un fenómeno de violencia entre los internos en el interior de los recintos penales, al cual contribuyen en gran medida el hacinamiento y la precaria vigilancia de los gendarmes. Pues bien, el hacinamiento también contribuye, esta vez, para que se generen roces y problemas entre los propios gendarmes, sobre todo entre aquellos que llevan más años de servicio y los alumnos en práctica. El hecho de compartir pequeños espacios físicos durante largas jornadas termina gene-

rando conflictos que derivan en malos tratos, la mayoría de las veces contra los alumnos en práctica. Este ambiente, a su turno, es el propicio para que los funcionarios se descarguen maltratando a los reclusos.

Como también indicamos en el Informe anterior¹⁷², existe un consenso bastante generalizado en cuanto a que el hacinamiento constituye uno de los problemas centrales del sistema penitenciario chileno. Objetivamente, las cárceles ya no dan abasto. En efecto, la sobrepoblación penitenciaria alcanza a la gran mayoría de las unidades penales a lo largo del país y, en algunos casos, el porcentaje de déficit de plazas es superior al doble de la capacidad original del establecimiento. Así por ejemplo, véase el siguiente cuadro¹⁷³:

Unidad Penal	Capacidad Real	Población Penal	Sobrepoblación
CDP Limache	54	252	198 (367%)
CCP Rancagua	250	933	683 (273%)
CDP Castro	48	172	124 (258%)
CCP Buin	70	244	174 (258%)
CDP Puente Alto	560	1.709	1.149 (205%)
CDP Melipilla	60	177	117 (195%)
CDP San Miguel	711	1.910	1.119 (169%)
CDP Santiago Sur	2.400	5.154	2.754 (115%)
CCP Concepción	950	1.900	950 (100%)

La falta de capacidad de los recintos penales no sólo afecta a los reclusos o internos, sino también al personal de Gendarmería. De esta manera, la falta de un espacio mínimo, al igual que para los reclusos, genera para los funcionarios que trabajan en ellas una serie de perjuicios adicionales, entre ellos, el deterioro de la calidad de las prestaciones que deben brindar y el de sus propias relaciones. Se trata de que los Gendarmes sufren los mismos problemas que son inherentes en la vida de una cárcel típica en Chile: hacinamiento, falta de higiene y mala alimentación.

Para la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios: *“Los gendarmes, hoy en día, están sometidos a las mismas miserias a las que*

¹⁷² Ver Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 18

¹⁷³ Idem, p. 19

*están sometidos los internos. No se olviden que las cárceles fueron construidas para un determinado número de internos y esa estructura también estaba diseñada para un número determinado de funcionarios y hoy viven hacinados*¹⁷⁴.

A continuación describiremos los problemas que para los funcionarios de Gendarmería trae aparejado el hacinamiento:

a) *La cuadra*

La cuadra, constituye un espacio importante en la vida diaria de los funcionarios de Gendarmería, pues en ella éstos se reponen de los turnos que han realizado. Consiste en una habitación grande con varias literas y constituye el lugar donde los gendarmes que realizan turnos descansan un número determinado de horas para continuar luego con el trabajo. Por ejemplo, en el caso de los centinelas, estos trabajan ocho horas y descansan cuatro, para luego continuar con otras ocho horas.

Si bien la jornada diaria de los gendarmes dependerá del turno que se realice, si se es centinela o se efectúa la guardia interna, la regla general es que los gendarmes descansen en este lugar y guarden sus pertenencias durante los días en que dure su turno, lo cual, puede llegar a durar en algunos recintos, como explicamos más arriba, hasta quince días continuados.

Debido al reducido espacio de la cuadra, los gendarmes no cuentan con un espacio mínimo para desenvolverse ni para gozar de un descanso adecuado. No es raro encontrarse con funcionarios que tienen sus objetos personales tirados por el lugar o amontonados en el suelo por falta de espacio.

En tal sentido, un funcionario entrevistado sostuvo que: *“Los Gendarmes estamos hacinados en la cuadra, en un lugar que tiene la capacidad para quince personas hay cuarenta personas”*.

Un dirigente señaló que: *“Las camas están, pero los espacios son muy pequeños, la ropa no tienen donde guardarla y está toda tirada y amontonada”*.

Otro aspecto problemático que pudimos constatar radica en la falta de implementos básicos de higiene y comodidad. En efecto, Gendarmería no les entrega a los funcionarios implementos o útiles de aseo, de forma tal que son estos mismos quienes deben costárselos.

¹⁷⁴ Entrevista realizada por los investigadores del Informe al Secretario General de la Asociación, Boris Henríquez.

b) Higiene

Una de las consecuencias directas del hacinamiento en los recintos penitenciarios está dada por las precarias condiciones de higiene a que están expuestos los gendarmes; en efecto, y como ya señalamos, el acceso al aseo depende de cada funcionario, pero además las instalaciones son insuficientes dado el gran número de personas que las utiliza y a que el aseo de ellas no es adecuado.

De acuerdo a la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, las condiciones sanitarias son deplorables e insuficientes para la población de funcionarios. Específicamente, los baños y las duchas son escasas; por ejemplo, en algunos recintos hay dos baños y dos duchas para cuarenta personas.

Las condiciones higiénicas en que se mantienen estos baños y la cuadra en general son precarias. Al igual que las demás dependencias de la unidad penal –celdas, calles, baños de los internos–, son los propios reclusos los encargados de mantenerlos limpios. No hay una empresa de limpieza que se encargue del aseo de las dependencias de los funcionarios.

Un funcionario al respecto expresó: *“Los baños son un asco, la limpieza es pésima, la hacen los propios internos que hacen de mocitos”*.

c) Alimentación

La sobrepoblación carcelaria genera, entre otros problemas, una disminución considerable de la calidad de las prestaciones básicas otorgadas por Gendarmería a sus funcionarios. Un aspecto especialmente problemático en tal sentido lo constituye la alimentación. En la práctica, la comida que se entrega es de mala calidad y cocinada por los internos llamados *“mocitos”*.

El gran problema que genera este sistema es que no hay manipuladores de alimentos ni auxiliares encargados de la dieta de los funcionarios. Debido a ello se han generado en algunos recintos penales masivas intoxicaciones. Por ejemplo, en el transcurso de 2005 en una unidad penal de la Sexta Región se intoxicó toda la guardia.

En relación a este aspecto, un dirigente de los funcionarios explicó: *“La comida la cocinan los reos, y es mala, en la Sexta Región se intoxicaron quince funcionarios, toda la guardia con diarrea y vómitos producto de la comida”*.

La mala alimentación provocó, en marzo del 2006, que en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio 250 gendarmes iniciaran una huelga de hambre en protesta por la mala calidad y escasa cantidad de alimentos que reciben¹⁷⁵.

¹⁷⁵ *El Mercurio*, jueves 30 de marzo de 2006

5. MALOS TRATOS

Como lo sostuvimos en el Informe anterior,¹⁷⁶ uno de los problemas centrales del sistema penitenciario chileno radica en una práctica habitual de apremios físicos a los reclusos por parte de algunos funcionarios de Gendarmería. Tales malos tratos forman parte de una dinámica, en la cual los gendarmes de menor grado son objeto de abusos por parte de los oficiales y los internos son objeto de apremios por parte de ambos tipos de funcionarios de Gendarmería.

A continuación revisaremos la práctica generalizada de abusos y presiones a gendarmes que ejercen el cargo de dirigentes sindicales por parte de oficiales de Gendarmería y la falta de medidas de seguridad que sufren los gendarmes. Al hablar de práctica generalizada nos referiremos a la existencia de un número importante de casos que dan cuenta de un patrón común, es decir, no se trata de casos aislados, advirtiéndose tolerancia y falta de sanción respecto de estos abusos por la Dirección Nacional de la Institución.

a) Abusos generados por oficiales

Los mecanismos que un oficial puede emplear para coaccionar a un funcionario son básicamente los siguientes: anotaciones de demérito; calificaciones; no reconocimiento de licencias médicas y traslado.

Lo anterior se entiende teniendo presente que en Gendarmería de Chile el mando corresponde por naturaleza al Oficial Penitenciario y por excepción al personal de otro escalafón, sobre el personal que le está subordinado y en razón del puesto que desempeña o de una comisión asignada y que tiene la consecución de los fines institucionales¹⁷⁷.

A su turno, se entiende por mando la autoridad ejercida por los Oficiales Penitenciarios y demás personal de Gendarmería sobre sus subalternos y subordinados en virtud del grado jerárquico, antigüedad en él o del cargo que desempeña. La designación de los jefes de Unidades Penales, Carcelarias y Establecimientos Especiales recaerá en Oficiales del Escalafón de Oficiales Penitenciarios de acuerdo a sus grados jerárquicos y a la complejidad de las funciones a cumplir. Dichas designaciones son hechas por el Director Nacional¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Informe Anual de Derechos Humanos 2005, p. 52.

¹⁷⁷ Ver artículo 10 del DFL N°1.791 del Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile, Diario oficial 4-09-1980

¹⁷⁸ Ver artículo 10 incisos finales, del DFL N° 1.791 del Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile, Diario Oficial 4-09-1980

A continuación revisaremos los mecanismos que usualmente emplean los oficiales a cargo de las Unidades Penales para presionar o abusar de los funcionarios subalternos.

1. Anotaciones de demérito

En términos generales, las anotaciones, de acuerdo el Estatuto Administrativo, pueden ser de méritos y de demérito. Estas anotaciones son fundamentales para configurar la calificación del funcionario. Así entonces, son anotaciones de demérito aquellas destinadas a dejar constancia de cualquier acción u omisión del funcionario que implique una conducta o desempeño funcionario reprochable. Entre las anotaciones de demérito se considerarán el incumplimiento manifiesto de obligaciones funcionarias, tales como, infracciones a las instrucciones y órdenes de servicio, así como el no acatamiento de las prohibiciones contempladas en este cuerpo legal¹⁷⁹.

Las anotaciones serán realizadas por la Unidad encargada a petición escrita del Jefe Directo del funcionario. El funcionario tiene derecho a apelación¹⁸⁰.

Como veremos, estas anotaciones de demérito son utilizadas por los oficiales para presionar a los funcionarios, como por ejemplo, para que no hagan uso de licencias médicas.

2. Calificaciones

El sistema de calificaciones tiene por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y sirve de base para el ascenso, los estímulos y la eliminación del servicio. La calificación es realizada por una Junta Calificadora¹⁸¹.

En el caso de Gendarmería de Chile, el Jefe Calificador será el jefe Directo, entendiéndose por tal el superior inmediato bajo cuyas órdenes y supervisión trabaja el funcionario. Para tales efectos, el jefe mantendrá una hoja de servicios a los funcionarios de su dependencia, en la que sólo se anotarán los hechos o antecedentes objetivos, concretos y probados, que acrediten mérito o demérito excepcional¹⁸². La anotación deberá realizarse dentro de los dos días si-

¹⁷⁹ Artículo 38, Estatuto Administrativo, Ley 18.834

¹⁸⁰ Artículo 39, Estatuto Administrativo, Ley 18.834

¹⁸¹ Artículos 27 y siguientes, del Estatuto Administrativo, ley 18.834

¹⁸² Artículos 37 y siguientes, DFL N° 1.791, Estatuto del Personal de Gendarmería de Chile.

guientes de producidos los hechos o antecedentes objetivos, concretos y probados que acrediten mérito o demérito excepcional¹⁸³.

Las calificaciones también son utilizadas como instrumentos de presión. Cuando un oficial desea perjudicar a algún funcionario utiliza este recurso.

3. No reconocimiento de licencias médicas

De acuerdo con la normativa, las Licencias Médicas son un derecho del funcionario. Se ha constatado que en algunos recintos penitenciarios no se les está reconociendo este derecho a los funcionarios y se les sanciona cuando las utilizan.

Se entiende por licencia médica el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional, en su caso. Durante su vigencia el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones¹⁸⁴.

En algunos recintos, se ha presionado a los funcionarios negándoles la utilización de las licencias.

4. Traslado

El traslado es el acto administrativo mediante el cual el Director Nacional cambia una destinación por otra de la misma jerarquía. Por necesidades institucionales, se podrán efectuar en cualquier época del año¹⁸⁵. Esta es la herramienta más utilizada y permite a la oficialidad utilizarla como sanción.

b) Casos de Abusos realizados por la Oficialidad

Caso Iquique

Un funcionario de Gendarmería, dirigente de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios comenzó a realizar denuncias

¹⁸³ Artículo 11, Decreto N° 235, Reglamento de Calificaciones del Personal de Gendarmería de Chile.

¹⁸⁴ Artículo 106, Estatuto Administrativo, Ley 18.834

¹⁸⁵ Artículos 14 y 17, Decreto N° 26, Reglamento de Personal de Gendarmería, Diario Oficial 18-05-1983

contra la Jefatura del recinto penal de la ciudad de Iquique. Se trataba, en concreto, de la denuncia de que el Alcaide tenía dentro del recinto penitenciario un taller mecánico de su propiedad donde trabajaban reos que no cumplían los requisitos legales para acceder a beneficios laborales. Además, el Alcaide les otorgaba ciertos beneficios a estos reclusos, tales como el manejo de llaves de algunas dependencias de la unidad, el acceso a ellas y la autorización para el movimiento fuera de la celda en horarios en que deberían estar encerrados.

Como consecuencia de las denuncias, al funcionario se le prohibió dirigirse a sus colegas y a dar información o noticias propias del gremio, actividades inherentes a la calidad de dirigente. Además, fue objeto de trato hostil y a los funcionarios que solidarizaron con él se les suspendió la jornada deportiva y se les prohibió acceder a capacitarse en la Universidad Arturo Prat.

El dirigente infringió la prohibición e igualmente se dirigió ante los funcionarios, siendo objeto de una sanción de parte de sus superiores, la cual fue apelada por el funcionario acompañada de una denuncia a la Contraloría General de la República. En particular, lo que el funcionario reclamaba eran los beneficios del alcaide para con algunos internos y la obstrucción a la función sindical.

La Contraloría, a su turno, ordenó que la institución realizara las investigaciones que correspondieran, pero ellas no se llevaron a cabo.

Sin embargo, en definitiva sí tuvieron lugar un Sumario y las correspondientes investigaciones, pero no por las denuncias del dirigente, sino debido a la fuga posterior de los reos. Este hecho, al hacerse público, obligó a Gendarmería a realizar un sumario y destituir al Alcaide, dejando sin efecto las sanciones al dirigente.

De acuerdo a lo señalado por el Secretario General de la Asociación de Funcionarios Penitenciarios, este caso implicó *“[u]n año de persecuciones, de sumario contra el dirigente, de amenazas verbales, de traslado, de insultos. Y si no hubiese existido la fuga, la sanción se habría aplicado y nada de esto se sabría”*.

Caso San Antonio

En dicha ciudad, producto de la extenuante carga de trabajo los funcionarios de Gendarmería comenzaron a enfermarse y a presentar licencias médicas. A su vez, la jefatura del Penal comenzó a aplicar anotaciones de demérito a aquellos funcionarios que las presentaban.

Además, las anotaciones se aplicaban de manera impropia a los funcionarios que llegaban tarde a sus labores de apoyo en las cir-

cunstances que en seguida se describen. Como antes anotamos, a los vigilantes, luego de cumplir su turno de guardia de ocho horas no se les permite descansar y deben apoyar labores tales como revisión de visitas, traslado de internos a tribunales o apoyo en secciones en que existe peligro de fuga. En concreto, en la jefatura de San Antonio se sancionaba a los funcionarios porque no cumplían sus labores de apoyo inmediatamente terminado el turno de vigilante, es decir, se les sancionaba a los funcionarios con una anotación de demérito por demorarse en la ducha y por afeitarse.

La Asociación realizó las denuncias a la Dirección Nacional y la sanción fue el cambio del Alcaide a otro penal.

Caso Linares

Una funcionaria dirigente, por el hecho de ser tal, fue objeto de una serie de abusos por parte de la jefatura de ese recinto penal. En concreto, se la obligó a realizar labores propias de un gendarme varón, como, por ejemplo, realizar guardia interna en la sección de hombres, traslado de hombres a tribunales y guardia de reclusos hombres en el hospital.

Sobre el particular, en el Informe elaborado por el Consejo Nacional de Presidentes Provinciales de la ANFUP, sobre el caso Linares se expresa: *“que es un caso aberrante, toda vez que una funcionaria de la planta II por haberse atrevido a postular como dirigente provincial y haber salido elegida en la provincia de Linares, ha sido perseguida por parte del jefe de la Unidad cayendo en el acoso laboral, toda vez, que la hace cumplir funciones que corresponden al personal masculino al interior de la guardia interna del recinto penal, en las garitas del muro de circunvalación, como también haciendo servicios de Hospitales custodiando hombres, situación que encontramos vergonzosa y descriderada por lo que solicitamos en calidad de urgente se tomen medidas tendientes a terminar con este tipo de abusos y la funcionaria realice las funciones que le corresponden acorde a su cargo, además como funcionarios y dirigentes solicitamos la remoción de la Jefatura del Establecimiento por prácticas antisindicales, acoso laboral y abuso de autoridad”.*

Estándares internacionales

Conforme a los estándares internacionales, la representación del personal a través de los gremios o asociaciones son adecuadas. En particular, el Manual para el Personal Penitenciario establece que si bien “la mayoría de los sistemas penitenciarios son organizaciones

disciplinadas, ello no implica que los funcionarios puedan ser tratados de manera irrazonable o faltando el respeto a su posición. En la mayoría de los países, los funcionarios tienen derecho a afiliarse a sindicatos, que negocien con la administración los salarios y otras condiciones de trabajo. Además, los sindicalistas y otros delegados no deberán ser objeto de represalias por el trabajo que hacen en la representación de su compañeros¹⁸⁶.

c) Falta de Seguridad de los Funcionarios de Gendarmería

A las jornadas extenuantes de trabajo, que ya explicamos, hay que agregar las condiciones de permanente inseguridad, sobre todo respecto de los gendarmes de menor grado y que se encuentran en contacto directo con la población penitenciaria. Recordemos que, un guardia interno debe compartir con la población penitenciaria más de doce horas diarias.

Estos funcionarios muchas veces son objeto de amenazas de muerte, de insultos y de lesiones. Según el Secretario General de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios lo que más se produce son quemaduras producto de agua hirviendo que les tiran a los funcionarios y lesiones por objetos contundentes o armas hechas.

C) LA VISITA DE CÁRCEL COMO UN MECANISMO DE CONTROL FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

Como se explicó, la falta de infraestructura no es la única razón que fundamenta el problema de las condiciones penitenciarias. Por supuesto, ellas pueden explicar el fenómeno del hacinamiento, pero hay otras falencias que no pueden ser entendidas a través de este aspecto. Se trata, como se viene diciendo, de la constatación de una práctica habitual de apremios ilegítimos a reclusos y de corrupción por parte de gendarmes, que tienen explicaciones adicionales.

La visita a las cárceles está diseñada por la ley como un mecanismo de control de abusos de las condiciones carcelarias. Sin embargo, en la práctica este control no se da. Si bien los jueces de garantía acceden semanalmente a las cárceles y sostienen entrevistas con los

¹⁸⁶ Coyle Andrew, "La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, Manual para el Personal Penitenciario, International Centre for Prison Studies, p. 29.

reclusos¹⁸⁷, estas visitas usualmente se realizan como mera formalidad, contribuyendo con ello a que los apremios y otras prácticas ilegales no sean denunciadas y sancionadas por las autoridades.

A continuación se explicará cómo la visita de cárceles efectuada por los jueces de garantía en la práctica no es utilizada como un mecanismo de control de garantía para los presos e imputados, para lo cual, revisaremos algunos aspectos normativos y luego verificaremos cómo se materializa en términos prácticos.

Roles del Juez de Garantía y de la visita de cárcel

En un Estado Democrático de Derecho, los jueces están llamados en general a velar por el cumplimiento de las normas. Ello no sólo los faculta para resolver conflictos de relevancia jurídica sino que asegurar que las garantías consagradas en la Constitución Política sean respetadas¹⁸⁸.

En materia procesal penal, esta facultad se ha fortalecido. Como se sabe, el principal objetivo del reemplazo en Chile del sistema inquisitivo de persecución penal por el nuevo modelo acusatorio obedeció a la necesidad de adecuar nuestra legislación positiva a la satisfacción de estándares aceptables de respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, contenidos tanto en la Constitución Política como en Instrumentos Internacionales vinculantes, con especial énfasis en el derecho a la integridad física y síquica de los imputados, sumamente afectado en la práctica del modelo antiguo de persecución penal.

Es en este contexto que la ley les otorgó a los jueces de garantía la facultad de asegurar los derechos del imputado y de los demás intervinientes en el proceso, con lo cual se buscó que el juez se transformara en el gran contralor de la actividad de persecución estatal y de los derechos fundamentales del imputado. De ahí que se le encomiende, entre otros, el deber de visitar periódicamente los recintos penales no sólo para informar a los imputados o presos sobre sus casos, sino también, para recibir reclamos sobre las condiciones carcelarias.

La visita de cárcel entonces es una actividad impuesta por la ley a los jueces, la cual tiene por función ejercer un control sobre la vi-

¹⁸⁷ Ver, Informe Anual 2005, pág 70 y sgtes.

¹⁸⁸ Esto en dogmática procesal se denomina Jurisdicción conservadora, que se manifiesta a través del Recurso de Inaplicabilidad, Recurso de protección y Recurso de amparo, entre otros.

gencia de los derechos fundamentales de los presos e imputados. Se trata, como se puede apreciar, de una instancia que permite que los jueces cumplan con su rol de velar porque las garantías individuales de los presos sean respetadas.

La desvirtuación de la visita de cárcel

Hemos constatado en la práctica que los jueces de garantía le asignan a la visita de cárcel un sentido rutinario y formal, desaprovechando esta instancia para recoger las denuncias de los internos sobre las condiciones carcelarias. Además, la forma en que la visita se materializa no permite que se cumpla con uno de sus objetivos básicos, cual es el de permitir al imputado o preso realizar los reclamos sobre las condiciones carcelarias. Se trata de una actividad que los magistrados regularmente llevan a cabo sin mayores pretensiones de fiscalización, lo que incide de manera relevante en la persistencia de las prácticas vulneratorias de los derechos de los internos.

Si bien, en lo que toca a las condiciones carcelarias, los jueces de garantía han efectuado algunos aportes, tales como la mayor utilización de los hospitales penitenciarios para que los imputados cumplan ahí con la prisión preventiva en vez de la cárcel y en revocar o disminuir los castigos que se aplican al interno sin su permiso¹⁸⁹, se trata de avances insuficientes, puesto que no representan un verdadero despliegue de todas sus facultades para poder confrontar los problemas de las condiciones carcelarias.

El Código Orgánico de Tribunales dispone que el último día hábil de cada semana, un juez de garantía, designado por el Comité de jueces del tribunal de la respectiva jurisdicción (en los casos de tribunales colegiados), visitará la cárcel o el establecimiento en que se encuentren los detenidos o presos a fin de indagar si sufren tratos indebidos, si se les coarta la libertad de defensa o si se prolonga ilegalmente la tramitación de su proceso¹⁹⁰.

Como lo constatamos en nuestra investigación, para la mayoría de los jueces entrevistados (doce en total); esta visita no es más que

¹⁸⁹ Hay audiencias como las realizadas en el Juzgado de Garantía de Valparaíso, donde el juez de garantía declara ilegal la medida disciplinaria impuesta a los imputados dejándola sin efecto, por cuanto se habrían vulnerado las garantías judiciales mínimas, consagradas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, el artículo 14 N° 1 y N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase Acta resumida de fecha 24 de marzo de 2004, realizada en la causa RIT 727-2004, y acta resumida de fecha 27 de marzo de 2004, realizada en causa RIT 824-2004.

una formalidad. Como lo verificó uno de los investigadores del Informe en una visita efectuada a la cárcel de Puente Alto, el juez solicita a Gendarmería que les traigan a los presos y detenidos de su tribunal y procede a informarles sobre los aspectos procesales de su caso. La comunicación que se produce sólo se sujeta a información del caso y en ningún momento se traslada a la forma en que vive o tratan al preso o imputado.

Al respecto un juez de Garantía de Santiago explicó: *“Es algo netamente formal, uno pasa lista a los imputados, les pregunta quién es su defensor y se lo dice si no lo sabe”*.

Otro juez de garantía, de la Sexta Región, nos dijo: *“Uno pasa lista a los imputados, les avisa lo último de ellos en lo procesal, también por qué lo formalizaron, también quién es su defensor y si lo ha venido a ver”*.

Otro Juez de Garantía de Santiago expresó: *“Hay poco tiempo, en Santiago estás viernes y sábado completo y el lunes haces el informe, es imposible dedicarle atención a cada persona, por eso esto termina por formalizarse”*.

Como dispone el Código Orgánico de Tribunales, iniciada la visita, un funcionario del juzgado o tribunal dará lectura al estado que llevará preparado para ese efecto y en que se expresará el nombre de cada uno de los presos y detenidos, el delito que se les imputa, el estado en que se encuentra y la fecha de inicio de la privación de libertad¹⁹¹.

En seguida, prevendrá el Juez a los detenidos y presos que pueden entablar las quejas que tengan a bien acerca del tratamiento que reciben, del alimento que se les da y de las dificultades que se les suscitan para su defensa.

Además el Código exige que “el Juez oirá uno a uno los reclamos que se le hicieran a este respecto por los presos o detenidos, o por los Fiscales del Ministerio Público, los abogados y procuradores de los procesados y los padres o guardadores de los procesados menores de edad, y adoptará las medidas que crea convenientes para subsanar las faltas que se le hicieron presente. Si el preso o su representante creyeren ineficaz la medida adoptada, podrán proponer otra; y, desechada por el juez, podrán apelar de la resolución”¹⁹².

En la práctica, la forma en que se produce la entrevista con el juez limita la posibilidad que el imputado o preso realice algún tipo de denuncia o queja sobre las condiciones penitenciarias, puesto que

¹⁹⁰ Artículo 567 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁹¹ Artículo 570 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁹² Artículo 571 del Código Orgánico de Tribunales.

dicha entrevista se realiza con personal de Gendarmería presente. De allí que se pueda explicar que si bien todos los jueces preguntan a los imputados y presos acaso tienen algún reclamo que hacer, la gran mayoría de ellos sólo manifiesta peticiones relativas a cambio de patio o visita conyugal, pero ninguna relativa a denuncias por maltrato, corrupción o tortura.

En el mismo sentido, un juez de garantía de la Sexta Región nos relató su visita al Penal de Santa Cruz en el mes de julio de 2005: *“Pedí que me trajeran a mis presos e imputados que eran pocos, no más de ocho, y me los trajeron esposados, pedí que les sacaran las esposas y luego de una larga conversación con el Alcaide lo permitió con la condición de que antimotines presenciara la charla que yo iba a tener con ellos”*.

Otro juez de garantía explicó: *“Cuando yo hago mi visita siempre hay un gendarme cuando yo hablo con los presos o imputados, de hecho si un interno quiere denunciar maltrato o corrupción no lo puede hacer porque tiene al funcionario al lado”*.

Informe de visita de cárcel y Corte de Apelaciones

El Código Orgánico de Tribunales establece que “el juez reconocerá, en seguida, el estado de aseo y seguridad de los calabozos, oyendo las observaciones del jefe del establecimiento a este respecto; y tomará nota del movimiento de ingreso y egreso de individuos reclusos que haya habido durante el curso de la semana”¹⁹³.

Además el mismo texto legal dispone que “[c]ada Juez que practique la visita de los detenidos o presos levantará un acta en que se contenga una exposición minuciosa de las observaciones que hubiere hecho y de los reclamos que se le hubieren dirigido durante ella. En el acta se expresarán el movimiento que hubiere tenido la cárcel y la indicación del nombre y apellido de cada uno de los individuos procesados por el juzgado o tribunal, que hubieren entrado y salido durante la semana”¹⁹⁴.

En la práctica, el informe de visita de cárcel no es más que un documento que da cuenta del número de presos o imputados que tiene un tribunal y el estado procesal en que se encuentran. En algunos casos, dependiendo del juez de garantía se incorpora –en los casos en que se hizo– la petición o irregularidad recibida o vista.

En el cuadro siguiente, se acompaña un informe tipo de visita de tribunal:

¹⁹³ Artículo 572 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁹⁴ Artículo 574 del Código Orgánico de Tribunales.

JUZGADO DE GARANTÍA
VISITA SEMANAL DE CÁRCEL
COMPRENDIDA ENTRE EL
06 AL 14 DE ENERO DE 2006

En xxxx, en Peumo y en el Cod Cereco de Graneros a catorce de enero de dos mil seis, en conformidad al Inciso Segundo del Artículo 567 del Código Orgánico de Tribunales, doña xxx, Juez Titular del Juzgado de Garantía, y xxx, Juez Subrogante del Juzgado de Letras, Garantía de xxx, proceden a realizar la Visita Semanal de Cárcel comprendida entre el 06 al 14 de enero de 2006, en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santa Cruz y Peumo, respectivamente, dando el siguiente resultado: DETENIDOS MAYORES: 08.- RETENIDOS MENORES EN OBSERVACIÓN: 00.- CONDENADOS EN PRIMERA Y ÚNICA INSTANCIA: 00.- INGRESOS: 04.- En causa RIT N° XXX, RUC N° XXX, con fecha 04/01/2006 ingresaron en prisión preventiva los imputados xxxxx y xxxxxx, formalizados por el delito de cultivo y/o plantación de marihuana; con fecha 06/01/2006, en la misma causa, ingresó el imputado xxx. Como medida de seguridad, el imputado xxxx fue trasladado al Centro de Detención Preventiva de Peumo; se fijó para ellos un plazo de investigación de 60 días. Con fecha 05/01/2006, ingresó en prisión preventiva el imputado xxxxx en causa RIT N° xxxxx, RUC N° xxxxx, por el delito de violación a menor; se fijó un plazo de investigación de 120 días. EGRESOS: 00.- Acto seguido se les hizo saber el motivo de esta visita a los imputados, al término de lo cual se les preguntó si tenían algún reclamo que formular, tanto por el trato que reciben dentro de la población penal o por disconformidad en la tramitación de sus procesos, no formulándose reclamos ni petición alguna.- Con lo que se puso término a la visita, ordenándose remitir copia autorizada de ella a la ltma. Corte de Apelaciones de xxxxxx.-

En el caso de Santiago, los jueces de garantía se turnan, lo que permite que todas las semanas se visiten las cárceles. Así, el juez de turno elabora un informe general que lo envía a la Corte de Apelaciones respectiva y un informe particular que lo remite al tribunal que corresponda. En general, dicho informe tiene las mismas características que venimos mencionando.

En el caso de las Cortes de Apelaciones que deben recibir estos informes¹⁹⁵, si el contenido de las actas diere mérito para adoptar

¹⁹⁵ La ley prevé en el caso del informe de visita de cárcel que una copia autorizada del acta será enviada el mismo día a la Corte de Apelaciones respectiva; y este

medidas que estén fuera del alcance de los Tribunales de Justicia, la Corte se dirigirá a la autoridad administrativa llamada a poner remedio al mal denunciado, a fin de que adopte las providencias necesarias para ese objeto.

Sin embargo, como en términos prácticos los informes de visita de cárceles no dejan constancia de las condiciones carcelarias ni contienen denuncias, las Cortes los archivan apenas son recibidos. Por ejemplo, en la Corte de Apelaciones de San Miguel –que fue visitada para tales efectos por uno de nuestros investigadores–, apenas lleguen los informes son archivados bajo la siguiente resolución: “*Tómese conocimiento y archívese*”. En la Secretaría Penal de dicha Corte hay un funcionario encargado de recibir estos informes y archivarlos. Entrevistamos a dicho funcionario, quien lleva dos años realizando esa labor y nos señaló que nunca ha encontrado algo distinto en los informes, puesto que todos hablan de lo mismo: que se realizó la visita y el número de presos e imputados del tribunal.

Un juez de garantía al respecto explicó: “*Generalmente las denuncias que se reciben son los cambios de patio o el cómputo de condena. Y lo que yo hago es gestionarla inmediatamente, hago una petición a Gendarmería para que analice la factibilidad o no de la petición*”.

Otro juez de garantía explicó: “*Si te denuncian gorpizas y el imputado está todo cortado, informo al tribunal respectivo que se tiene que hacer cargo de sus presos. No hacemos la denuncia al Ministerio Público porque la denuncia la debe hacer el defensor*”.

Visita del Ministro de Corte Apelaciones

Además de las visitas realizadas por los jueces de garantía, el Código Orgánico de Tribunales contempla la visita en los casos de las comunas asiento de una Corte de Apelaciones del Presidente, de un Ministro y del Fiscal de la misma. Esta visita tiene el mismo objetivo que la que hacen los jueces de garantía, es decir, inspeccionar el trato y las condiciones penitenciarias en que viven los internos.

De acuerdo a los jueces de garantía entrevistados, esta visita tampoco cumple con su rol, ya que en general se avisan con antelación y se transforman en una mera formalidad:

tribunal procederá a examinarla en el acto que la reciba. Si en ella se consigna alguna resolución del juez que hubiere sido apelada, mandará traer los antecedentes en relación, y le dará lugar preferente en primera tabla que se forme. Con audiencia verbal de las partes que concurran, y sin otro trámite, fallará la Corte el recurso pendiente. Artículo 575 del Código Orgánico de Tribunales.

“Las visitas de Corte se avisan con antelación y se transforman en verdaderas visitas sociales donde comparten y toman café de Penal en Penal”. Juez de Garantía de Santiago.

“Esas visitas son meras formalidades. Como están pautadas, Gendarmería baña hasta al perro, el Ministro no hace más que entrar y lo está esperando toda la oficialidad del Penal”. Juez de Garantía.

Respuestas de los jueces de Garantía cuando reciben denuncias

Como ya explicamos, la respuesta de los jueces básicamente depende de la existencia de una denuncia. Los internos mismos en general se limitan –por el contexto descrito de las visitas– a formular peticiones como el cambio de patio o el tener acceso a una visita conyugal. En tales casos, los jueces entrevistados manifestaron que ellos tratan de obtener una solución inmediatamente. Por otro lado, en los casos en que existe una denuncia ellos comunican al defensor o bien al tribunal pero no hacen la denuncia ante el Ministerio Público.

Los jueces de garantía entrevistados señalaron que para ellos lo importante es tratar de arreglar el problema en el mismo lugar. Por ejemplo, cuando un interno cree que hay cumplimiento de condena conversan con las autoridades del Penal y les solicitan que evalúen la situación. En el caso de que las denuncias sean más graves, como golpizas o que un imputado presente cortes, la respuesta del juez dependerá de si el preso o imputado corresponde o no a su tribunal. Si no corresponde a su tribunal informan al juzgado respectivo de la situación y si lo es informan al defensor. Pero en ninguno de los dos casos, siendo que los jueces son funcionarios públicos, efectúan la denuncia ante el Ministerio Público.

Razones que explican la inutilización de la visita de cárcel como mecanismo de control

Al ser consultados los jueces de garantía por las razones que explican este fenómeno, las respuestas y los análisis fueron variados: en primer término, algunos dijeron que era necesario un cambio en la ley y que ésta fuera más explícita sobre este deber; para otros, este fenómeno se debía a que era mal visto dentro del Poder Judicial reclamar por los presos; otros en cambio, fueron más críticos y dijeron que en algunos aspectos a los jueces de garantía les faltaba entender la facultad de imperio que ellos gozaban. En lo que sigue, explicaremos más detalladamente las razones esgrimidas por los propios jueces entrevistados:

- a) **Necesidad de Cambio de la normativa que regula las visitas a cárceles:** Para algunos jueces de garantía entrevistados, la redacción del Código Orgánico de Tribunales está completamente descontextualizada, es decir, el artículo 567 y siguientes mantienen una lógica inquisitiva que sólo se centra en la información del estado de las causas, lo que es absurdo. De ahí que debiera tener un contenido más explícito en términos del rol de contralor de las garantías de los presos.
- b) **Es mal visto dentro del Poder Judicial reclamar por los presos:** varios jueces de garantía expresaron que dentro del Poder Judicial es mal visto reclamar a favor de los presos. Según se explica, este es un problema cultural que se enquistó en lo más profundo de la carrera funcionaria judicial, donde existe una visión errónea de lo que sería la “mano dura” contra los delincuentes, señalándose que los jueces que se esmeran en cumplir con su rol contralor en materia de garantías carcelarias son considerados “jueces conflictivos”.
- c) **No se entendería el sentido de la facultad de imperio.** Para algunos Magistrados, las razones se centrarían en que son pocos los jueces que perciben la relación de los problemas y abusos en las condiciones carcelarias y la facultad de imperio (de hacer cumplir las normas) que ellos poseen para confrontarlos.

En relación con lo anterior, sólo en una ocasión en los últimos años se han generado cambios significativos a propósito de la visita de cárceles. En 2003, en la ciudad de Antofagasta, los jueces de garantía constataron en sus visitas a la cárcel que los internos dormían en el suelo y que no tenían colchones. Ello llevó a los Magistrados a denunciar esta situación, lo cual se materializó en constantes informes a sus superiores y a las instituciones relacionadas, Gendarmería y el SEREMI de Justicia. El problema de la falta de colchones se transformó en un verdadero debate, motivado por los jueces de garantía, que tenían la convicción de que la gente que el Estado envía a la cárcel no podía dormir en el suelo. Este debate se transformó en un conflicto regional que llevó a la intervención de la Corte Suprema y de la Dirección Nacional de Gendarmería y que concluyó con la entrega de colchones para las personas privadas de libertad.

Sistema Judicial y Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se centra en el sistema judicial y su relación con los derechos humanos. Se analizará, en este orden, el sistema de designación de los miembros de la Corte Suprema, el proyecto de ley sobre los abogados integrantes y sus implicancias en el debido proceso, las reformas a la justicia laboral y, finalmente, las reformas de la Constitución Política en lo que dicen relación con la justicia constitucional.

En el Informe Anual 2004,¹ el capítulo central estuvo destinado a analizar el estado del sistema judicial en su relación con la protección de los derechos humanos. El presente estudio permitirá, en consecuencia, contrastar la situación actual con la de hace algunos años.

Los temas que acá se presentan poseen especial importancia para revisar el estado de las relaciones entre el Poder Judicial y otros órganos con importantes atribuciones en materia de justicia y derechos fundamentales, de una parte, y la ciudadanía, de otra. Esta relación, de acuerdo a diferentes estudios, no es de las mejores. La práctica de la Administración de justicia indica que, pese a las reformas de orden constitucional y legal, la cultura de los servicios es la de funcionar al margen del control ciudadano. Así, durante mayo de 2005 la Corporación Participa dio a conocer los resultados de un estudio que buscaba evaluar la práctica del derecho de acceso a la información. Dicho estudio se realizó

¹ Informe Anual sobre Derechos Humanos 2004 (Hechos de 2003), Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pp. 11-133.

simultáneamente en 10 países. Se enviaron un total de 140 pedidos de información a Ministerios, Municipios y Empresas Privadas que prestan servicios de utilidad pública. Chile ocupó el último lugar en los estándares de acceso a la información, por debajo de países como Macedonia, Argentina, Perú y Armenia. Del total de las veces en que la información fue solicitada, en el 69% de los casos no hubo ni siquiera una respuesta. Como contrapartida, sólo un 17% de las solicitudes obtuvieron respuesta satisfactoria.²

Las encuestas y estudios no sólo mostraron la escasa recepción de estándares de derechos humanos en la administración. El Poder Judicial también fue objeto de seguimientos cuyos resultados, al igual que en el caso anterior, muestran desconfianza desde la ciudadanía y bajos niveles de transparencia. Los miembros de la Corte Suprema, desestimaron esos estudios. Ante el que elaborara Libertad y Desarrollo,³ que muestra que el Poder Judicial es percibido por la ciudadanía como uno de los organismos con mayores niveles de corrupción, la Corte Suprema indicó –por medio de un acuerdo del Pleno de ministros– que este informe “no es un estudio científico sobre el tema, dado que no cumple con requisitos mínimos para ser considerado una encuesta representativa de un sector de la población. Sus resultados sólo permiten constatar, una vez más, que hay personas que tienden a considerar al Poder Judicial negativamente, sin basarse para ello en hechos objetivos”.⁴

Una nueva encuesta, esta vez del diario *El Mercurio*, muestra que las cosas no cambian para el Poder Judicial. De acuerdo a la publicación, un 56,2% de la ciudadanía evalúa mal a la justicia y su funcionamiento, mientras un 68,1% señala que la justicia es corrupta y un 51,3% que carece independencia.⁵ Ese mismo día, en la misma publicación, Hernán Álvarez, renunciado recientemente de la Corte Suprema, va más lejos que la propia declaración de la Corte de la cual formaba parte, al señalar al respecto:

² Los resultados de ese estudio se encuentran disponibles en el sitio de la Corporación Participa en: <http://www.participa.cl/pdf/Preguntas%20y%20respuestas%203.6.05%20tablas.pdf>.

³ Véase, VON BAER, Ena y MAZO, Bernardita, *Encuesta de Corrupción 2005: percepción y realidad*, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 90 (mayo), Santiago, 2005 (www.lyd.cl).

⁴ La declaración del Pleno de ministros de la Corte Suprema se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial.cl/0.8/noticias/venot.php?id=670> (4 de julio de 2005).

⁵ Véase, Juicio a la Justicia, *El Mercurio*, 10 de julio de 2005, p. D 6-8.

*“[n]o le hace bien a nuestra institucionalidad la difusión de encuestas de opinión sobre supuestos niveles de aumento de corrupción, fundados en apreciaciones subjetivas, ajenos a la realidad [pues] los jueces, en general, son incorruptibles”.*⁶

Estas ideas parecen arraigadas en la Corte. Se sostiene que la ciudadanía necesita, para su estabilidad, que le muestren instituciones que funcionan (aparentemente) bien y que ellos, los jueces, por el solo hecho de ser tales son incorruptibles, independientes y justos.⁷ En el capítulo sobre acceso a la Información del presente Informe, damos cuenta que similar idea mantenía el entonces Ministro del Tribunal Constitucional, Juan Agustín Figueroa, el que –a propósito de la ley sobre declaraciones patrimoniales– afirma que el control de las autoridades debe realizarse por “[otras] autoridades que pueden cumplir, de manera responsable, funciones fiscalizadoras”,⁸ añadiendo que “[e]l conocimiento por cualquier persona, sin limitación alguna, no mira a una debida fiscalización, sino que hace posible ventilar cuestiones privadas dentro de un público irrestricto”.⁹

En ese contexto, especial relevancia han adquirido las designaciones de los jueces de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Este último, desde 2005 –y, en especial, desde fines de febrero de 2006– concentra el control de constitucionalidad de las leyes. Ello lo transforma en un órgano de indudable poder en el sistema democrático chileno.

El presente capítulo analizará, en primer término (I) las principales noticias producidas durante 2005 en torno a la Corte Suprema y el sistema de designación de sus jueces, revisando algunos debates centrales, que, como nunca, éste generó durante el año recién pasado. En seguida (II), analizaremos algunas cuestiones importantes en materia de debido proceso. La primera de ellas se refiere a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Palamara*, la que se refiere al sistema chileno de justicia militar en tiempos de paz. La segunda, a la

⁶ *El Mercurio*, 10 de julio de 2005, p. D 4.

⁷ Para el caso del acceso a la información judicial, véase el Estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/CHILE%20INFORME_FINAL.pdf (17 de septiembre de 2005).

⁸ STC, Rol N° 460, 6 diciembre 2005, Voto disidente Juan Figueroa, considerando 6°, fs. 96 (vta).

⁹ *Ibid.*, considerando 6°, fs. 96 (vta.).

institución de los abogados integrantes, con especial énfasis en el proyecto de ley que, al respecto, se discutió durante 2005. La tercera parte de este capítulo (III) se centrará en la reforma laboral vigente desde los primeros días de 2006, la cual se realizó bajo las promesas de mejorar el sistema de justicia laboral y de modernizar el mismo. Finalmente (IV) daremos una mirada a las reformas constitucionales y a su impacto en materia de derechos humanos. Siempre desde la perspectiva de la participación y el control ciudadano, analizaremos en detalle las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional y el sistema de designación de sus jueces.

II. DESIGNACIONES A LA CORTE SUPREMA

Nunca el sistema de nombramientos de los miembros de la Corte Suprema chilena había causado tanto revuelo público. A diferencia de lo que ocurre en países como Argentina o Estados Unidos, donde las nominaciones hechas por el Presidente de la República van seguidas de un interesante debate público, con largas y duras sesiones en el Senado, el caso de Chile nos indicaba que la ciudadanía –o al menos, así parecía– se contentaba con que las instituciones funcionaran. Era suficiente saber que el Presidente presentaba a un candidato al Senado, que éste, luego, ratificaba (y excepcionalmente, rechazaba).

Como veremos, el procedimiento conforme al cual se elige a los jueces de la Corte Suprema se caracteriza por ser secreto en el Senado, y previamente consensuado en la presentación que hace el Ejecutivo. Sobre lo primero cabe tener presente que, a pesar de las reformas constitucionales que incorporan, desde septiembre de 2005, el principio de publicidad para los actos y procedimientos del Estado, el Senado mantuvo el secreto de ciertas sesiones. Repasaremos parte de ese debate que se mantiene vigente entre sectores del Senado, donde unos abogan por la apertura de las sesiones mientras, otros, prefieren mantener el secreto. En cuanto a lo segundo, los antecedentes indican que las disputas que se han generado entre el Poder Ejecutivo y el Senado se deben, justamente, al hecho de que no se les consulta a los senadores sobre qué les parece tal o cual candidato.

Esas disputas entre Ejecutivo y Senado han llevado a que haya senadores que señalan anticipadamente que no aprobarán la propuesta del Presidente, únicamente porque no se les consultó su

parecer antes de la nominación. En efecto, los senadores han señalado que cuando el Presidente actúa sin consultarles transforma el Senado en un buzón. La verdad es que esa consulta es más que eso; se trata de una negociación entre los sectores políticos que tiene por objeto consensuar el nombre del candidato, de modo que su ratificación se produzca a todo evento. Y esta práctica no sólo se sigue en caso de los jueces de la Corte Suprema, sino que en casi toda otra ratificación que éstos deben hacer, tal como han mostrado las noticias respecto de los directores de Televisión Nacional (TVN) y los consejeros del Banco Central.

Como se ha notado en el debate corriente, lo cierto es que el Senado prefiere eludir el debate. Esta forma en que ha venido funcionando el sistema de nombramiento de jueces de la Corte Suprema tiene por objeto desalentar discusiones en la Cámara Alta, donde prefieren el consenso previo y la ausencia de disputas políticas en la búsqueda de los nuevos jueces. El comportamiento del Senado y del Ejecutivo es una manifestación de la 'política de los consensos' que, en Chile, ha invadido casi todo el ámbito de las decisiones colectivas. A propósito del proyecto de ley sobre reforma al sistema binominal, el entonces candidato presidencial de la Alianza, Sebastián Piñera, extendió una invitación al Presidente Ricardo Lagos para llegar a un acuerdo y dar contenido a un proyecto que permita perfeccionar nuestro sistema electoral. Recién había concluido la participación ciudadana en las elecciones populares de sus representantes cuando asoman, de inmediato, las primeras luces de que esa elección llega a ser hasta cierto punto vacua, pues los acuerdos se adoptan en negociaciones fuera de los ámbitos públicos de discusión. El problema de esta forma de proceder es que esos espacios quedan al margen del control ciudadano.

Nuestra práctica democrática abunda en ejemplos sobre consensos tras bambalinas. Las reformas constitucionales, así, se acordaron, más que en las cámaras del Parlamento en una serie de reuniones entre nuestros 'representantes'. Algunos electos popularmente, otros no. Nuestra práctica abunda en ejemplos, también, de lo que ocurre cuando esos acuerdos no se realizan fuera del Congreso. A fines de 2005, cuando el Presidente Lagos propuso a Enrique Marshall como candidato a la consejería del Banco Central, no faltaron las voces que se alzaron contra el modo de proceder del Presidente. Varios reclamaron que nadie les había preguntado si Marshall era una buena opción, o que nadie les había consultado sobre qué les parecía el candidato. Los más eno-

gados reclamaban si acaso el Presidente creía que ellos eran sólo un buzón.

La idea de erradicar el debate del Senado y del consenso en estos asuntos, descansa en el supuesto de que los jueces son apolíticos. La realidad nos muestra que ello no es así. Y no sólo que los jueces no son apolíticos, como varios lo han declarado, sino que la misma Corte Suprema la más de las veces debe resolver disputas que involucran conflictos de orden político, más que de técnica jurídica. La experiencia abunda en ejemplos que muestran que esa forma de concebir el rol de la Corte Suprema es falsa. Así, hemos visto que la Corte Suprema ha terminado resolviendo que los chilenos no estamos preparados para ver ciertas películas, leer algunos libros o comportarnos de determinada manera, simplemente porque la sociedad no está preparada. El caso de la película 'La Última Tentación de Cristo', la 'Píldora del día Después', casos en que se define (por los jueces) cuando comienza la vida y la asistencia médica de las personas viviendo con VIH/SIDA son ejemplos de lo anterior.¹⁰

Veremos, a continuación, que los debates y discusiones que se han generado sobre la designación de determinadas personas al cargo de jueces de la Corte Suprema tampoco han estado ajenos a las ideas que acá venimos señalando. Se analizará, en este orden, (1) el procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema, (2) las designaciones que coparon la agenda noticiosa durante 2005 (de los jueces Ballesteros, Muñoz y Cerda y la jueza Herreros), (3) la entrada de la Corte Suprema a las disputas y (4) la discusión en torno al secretismo en las sesiones del Senado. (5) Hacia el final se enuncian otros hechos noticiosos en que la Corte Suprema tuvo activa participación. Nos referimos a sanciones que impuso en contra de jueces que criticaron sus reacciones a propósito del Informe de la 'Comisión Valech' y de la denominada 'Ley de Empalme'.¹¹

¹⁰ La recientes reformas constitucionales, veremos, complejizan el escenario. La Corte Suprema pierde parte importante de su poder al ser despojada del recurso de inaplicabilidad –que pocas veces utilizó, es cierto– que pasa a concentrarse en el Tribunal Constitucional. La lógica descrita hasta acá, ha funcionado igual en el caso de la designación de los miembros de ese tribunal.

¹¹ Estas situaciones se analizan con mayor detalle en el capítulo sobre 'Verdad y Justicia respecto de las Violaciones del Pasado', en particular los aspectos relativos a la 'Ley de Empalme'.

1. El procedimiento de nombramiento.

De acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución,¹² el Presidente de la República recibe una quina de nombres –candidatos al cupo– que es elaborada por la propia Corte Suprema. De esos cinco nombres, el Presidente elige a un candidato que, para poder ser investido como ministro de Corte Suprema, requiere de la ratificación de su nombre por el Senado (2/3). Esa ratificación –si ocurre– se desarrolla en una sesión secreta en la que no se conoce quiénes (de los senadores) votan a favor o en contra; cómo llegaron a esa decisión; qué antecedentes tuvieron a la vista para votar de una u otra forma; ni mucho menos si es que acaso el candidato va a la sesión y es interrogado por los senadores.

En los últimos años las designaciones de los miembros de la Corte Suprema han dejado de ser un simple trámite y, tal como ocurre hace años en otras partes del mundo, quienes son propuestos al cargo de juez del tribunal superior ya no pasan inadvertidos y su designación suscita discusiones y fricciones entre los poderes del Estado.

Discusiones, porque la sociedad civil ahora está alerta de estos nombramientos. El hecho de que parte importante de los asuntos públicos sean resueltos por la Corte Suprema (i.e. la píldora del día después, aplicación del DL de amnistía, entre otros) no deja indiferentes a los sectores más organizados del pueblo; sin embargo, las posibilidades de incidencia son escasas. Fuera de las protestas que pueden gestarse desde algún sector, cuya eficacia dependerá en gran medida de las capacidades de ese sector de situar la discusión en la agenda pública, el procedimiento de designación descrito más arriba cierra las puertas a la participación ciudadana y deja la legitimidad alojada sólo en los Senadores.

Se trata de una legitimidad escasa pues la ciudadanía desconoce la forma en la que votaron sus representantes. No se conoce qué discutieron ni qué antecedentes les permitieron inclinar la balanza en algún sentido de la decisión. Tampoco se conoce qué preguntas se le hacen al candidato ni menos si éste concurre a las sesiones en que su nombre debe ratificarse (o rechazarse). Si a ello sumamos el hecho de que la práctica ha situado esa discu-

¹² Artículo 78 de la Constitución.

sión en consensos que se generan fuera del Senado, entonces el escenario se complejiza aún más, pues el control social se transforma en una ilusión. Es tradicional que en un sistema democrático como el Chileno, ante la pregunta relativa a cómo sancionamos a nuestros representantes cuando no cumplen sus promesas, se nos responda, “no vote por él en la siguiente elección”.¹³ Pero ese control, ese castigo político requiere de información que acá escasea.

Las voces del Gobierno o del sector público que se han alzado en contra de esta práctica, han puesto el acento en la publicidad de la sesión, pero no en la necesidad de incluir a la ciudadanía en el procedimiento de designaciones, tal como ocurre en otras partes del mundo (i.e. Estados Unidos y Argentina).¹⁴

El sistema actual no sólo se excluye de la participación a la sociedad civil, además este procedimiento, tal cual está diseñado, ha dado paso a dos problemas más; de una parte, como hemos señalado, ha funcionado perpetuando la ‘democracia de los consensos’ y, de otra, ha generado fricciones entre las ramas del gobierno. Perpetúa la ‘democracia de los consensos’ porque la práctica indica que, antes que el Presidente elija un nombre de la quina, ya sus asesores han hecho un sondeo destinado a consensuar un nombre desde la propuesta, de suerte que su ratificación sea lo más sencilla posible, sin discusiones ni demoras.

Esa misma lógica ha generado fricciones entre las ramas involucradas de forma más intensa en el procedimiento: poder ejecutivo y legislativo. Estas críticas se han expresado, en particular, en razón de una serie de eventos en los que la Cámara del Senado rechazó las propuestas efectuadas por el Presidente Lagos. Varios parlamentarios alzaron la voz señalando que el parlamento ‘no es un buzón’ donde se depositan solicitudes del ejecutivo. La molestia del Senado, entonces, estaba referida justamente al hecho de que desde el ejecutivo no se había sondeado previamente qué pensaban respecto de los candidatos en

¹³ Desde luego que se trata de un escenario con poco espacio para la participación de organizaciones de la sociedad civil. Desde el retorno a la democracia los Gobiernos han hecho escasos esfuerzos por aprobar una ley de participación ciudadana y, la que se encuentra en el Congreso, ha recibido sólo críticas desde la ciudadanía.

¹⁴ Las audiencias en que se debía ratificar a Zaffaroni al cargo de juez de la Corte Suprema, en Argentina, y las pasadas audiencias que enfrentaron los jueces John Roberts Jr. y Samuel Alito, en Estados Unidos, son ejemplos de la práctica que se sigue en esos países.

el Senado, una exploración que en una democracia excluye la participación. Como veremos, durante 2005, y a propósito de la designación del juez Rubén Ballesteros, algunos senadores (i.e. Espina) han señalado que la elección de miembros del Poder Judicial no debe politizarse y que la forma en que han sentenciado casos anteriores debe ser ajena a las razones que se tienen a la vista para la designación (ideas ratificadas por Juan Antonio Gómez, ex Ministro de Justicia, en una columna de opinión en *La Tercera*). Durante 2005, sin embargo, un nuevo actor entró a las disputas que se habían generado entre Ejecutivo y Senado: el Poder Judicial, representado por la Corte Suprema.

2. Los nombramientos durante 2005

Sin duda que durante 2005 el procedimiento antes descrito entró en fuerte cuestionamiento. Pese a los reclamos de uno y otro sector de que se trata de un procedimiento que debe mantenerse al margen de las tensiones políticas, los hechos muestran lo contrario. Existieron varios acuerdos fuera del Senado, audiencias que se pactaron y luego se suspendieron, votaciones acordadas para un día y que, ese mismo día, cambiaron. El mismo procedimiento de ratificación ha servido para un par de “vendettas” entre los bloques políticos, como ocurrió con Milton Juica en 1998 y con Margarita Herreros, ahora en 2005.¹⁵

La primera nominación la efectuó Ricardo Lagos en junio de 2005, cuando designó, de entre la quina propuesta por la Corte Suprema, a la jueza Margarita Herreros.¹⁶ El cupo había sido dejado por el ministro Humberto Espejo, quien dejaba el Poder Judicial al llegar a los 75 años de edad, momento en que los jueces del máximo tribunal deben jubilar. La jueza “obtuvo ocho preferencias en el Pleno del máximo tribunal (...) integrada también por los titulares de la Corte de Apelaciones de Santiago Gabriela Pérez (12 votos) y Alfredo Pfeiffer (8), el juez del tribunal de alzada de Valparaíso Julio Torres Ayú (7) y Lenin Lillo Hunzinker, quien postuló por derecho de antigüedad”.¹⁷

¹⁵ “Nominaciones a la Suprema en tensión”, *El Mercurio*, 19 de agosto de 2005, p. C 3.

¹⁶ “Presidente Lagos propone a Margarita Herreros como nueva suprema”, *El Mostrador*, 7 de junio de 2005.

¹⁷ *Ibid.* Como veremos, Lenin Lillo aparecerá en todas las quinas del año, justamente porque postula por derecho de antigüedad. Otras de las formas en que se regula el sistema de nombramientos en Chile.

Sin embargo el Ejecutivo había incurrido en un “error imperdonable” al momento de la designación; Lagos había roto “la tradición” de consultar a la oposición sobre el nombre de la jueza, y la coalición RN-UDI no tuvo problemas para hacer sentir su malestar.¹⁸ Durante 2004 la nominación había recaído en Jaime Rodríguez Espoz, por quien la Oposición no tuvo problemas en votar pese a la cercanía con la Concertación. Esa vez el Ejecutivo había consultado antes de la designación. De alguna forma el Ejecutivo asumió su “error”. En efecto, momentos antes de que se desarrollara la sesión en que se votaría la propuesta del Presidente Lagos, el Ministro de Justicia solicitó la suspensión de la misma, pues ya estaban en conocimiento del malestar de la oposición ante la falta de consulta.¹⁹ El aplazamiento de una semana debería servir al Gobierno para –disculpas mediante– buscar los votos que le faltaban para asegurar la ratificación de Herreros. El mismo Ministro de Justicia se encargó de distribuir entre los Senadores “una extensa minuta sobre la destacada trayectoria de la magistrado Herreros, especialmente en la zona sur del país, lo que indicaba que tendría una percepción regional en el máximo tribunal, además de la profundidad de sus conocimientos en la Reforma Procesal Penal y sus calificaciones siempre ‘sobresalientes’”.²⁰

Pero no fue suficiente, pues, a la semana siguiente, el Senado rechazó el nombramiento al no conseguir el quórum requerido en la Constitución (2/3 de los Senadores).²¹ Como ya es una constante, la sesión entonces fue secreta, de suerte que la ciudadanía sólo tuvo noticia de que la jueza alcanzó 25 votos (con 14 en contra), siendo que requería 30, dado el alto quórum que exige la Constitución. Tampoco se supo si hubo otras razones para tal decisión, ni si los Senadores habían quedado conformes con su exposición en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, pese a que los senadores Alberto Espina y Andrés Zaldívar coincidieron en que se trataba de una jueza “brillante e

¹⁸ “Nominaciones a la Suprema en tensión” (cit.).

¹⁹ “A petición del Ministro de Justicia, Presidente del Senado suspendió sesión para votar nominación de magistrado Margarita Herreros a la Suprema”, Diario de Noticias del Senado, 14 de junio de 2005.

²⁰ “Faltaron cinco votos para que magistrado Margarita Herreros se integrara como ministro de la Corte Suprema”, Diario de Noticias del Senado, 21 de junio de 2005.

²¹ *Ibíd.*

intachable”.²² El Senado sólo se encargó de ratificar que estaba ejerciendo atribuciones soberanas de él, es decir que no le deben explicaciones a nadie. El entonces Presidente del Senado, Jaime Gazmuri (PS) validó la facultad del Senado y señaló que, pese a que “el informe de la comisión [de Constitución, Legislación y Justicia] llegó con una votación unánime a favor de la ministra (...) el Senado soberanamente en uso de sus atribuciones tomó una decisión”.²³

Diferente fue la reacción del Senador Nelson Ávila, quien anunció que la bancada radical socialdemócrata, que él integraba en ese entonces junto a los senadores Enrique Silva Cimma y Augusto Parra, “presentará un proyecto de ley para despojar al Senado de esta facultad, por considerarla perversa, además de someter a un vejamen a las proposiciones que, eventualmente puede hacer el Ejecutivo en uso de sus facultades”. Agregó que “con este tipo de actos lo que se pretende es llevar el binominalismo al Poder judicial”, en clara alusión al sistema de acuerdos extra-parlamentarios que impera en la práctica.²⁴

El proyecto fue presentado por Ávila, Parra y Silva. Los Senadores señalan que las modificaciones introducidas en 1997:

“En la práctica (...) ha[n] tenido negativa influencia en la generación y funcionamiento de la Corte Suprema. En efecto, se ha prestado para una indebida politización, para una instrumentalización en las pugnas oposición–gobierno y ha dado lugar a negociaciones que retardan indebidamente los nombramientos.

*La intervención del Senado no ha resultado, en consecuencia, un aporte al fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial y menos aún a la dignidad de nuestros jueces criterios que deben exaltarse para el resguardo y buen funcionamiento de nuestro Estado de Derecho”.*²⁵

El proyecto propone un sistema de autogeneración, esto es, uno en el que sólo intervenga la Corte Suprema. No resulta claro si se trata de una buena estrategia. Pese a que reconocemos que el sistema actual funciona de manera deficiente, no porque otor-

²² “A petición del Ministro de Justicia, Presidente del Senado suspendió (...)”, (cit.).

²³ “Faltaron cinco votos para que magistrado Margarita Herreros (...)”, (cit.).

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Boletín 3909-07, 22 de junio de 2005, “Proyecto de Ley que Modifica Artículo 75 de la Constitución Política de la República”.

que participación al Senado, sino porque los acuerdos se logran fuera de él, permitir que la propia Corte defina quiénes serán los que se integrarán como jueces a ella le otorga excesivo poder, en contradicción a lo que han sido las políticas de los Gobiernos de la Concertación que han buscado difuminar el poder del cual goza (por ejemplo, por medio de la creación de la Academia Judicial). De otra parte, un sistema autogenerativo desconoce la existencia de facultades de la Corte de conocer asuntos de ‘corte político’ como las que mencionamos más arriba. El proyecto se encuentra en tramitación, sin mayores movimientos desde su presentación.

En reemplazo de la jueza Herreros, y tal como lo prevé el sistema de nombramientos, el Ejecutivo debió nombrar a otro juez para proponérselo al Senado. El elegido fue Rubén Ballesteros, de entre una quina compuesta por Lenin Lillo –de Temuco–, Julio Torres –Valparaíso–, Gabriela Pérez y Alfredo Pfeiffer, estos últimos de Santiago.²⁶ La designación de Ballesteros inmediatamente hizo que el procedimiento de designación de jueces a la Corte Suprema entrara a una nueva etapa. Esta vez, a las críticas al secretismo y consenso con que funcionaba el sistema, se sumaron las críticas al nombramiento en sí. Agrupaciones de derechos humanos protestaron por la designación de quien consideraron un cercano a Pinochet. Apenas se conoció su designación, las mencionadas agrupaciones sacaron a la luz los antecedentes de Ballesteros relativos a casos sobre violaciones sobre derechos humanos. El designado juez había sido conocido por votar en contra de varios de los desafueros que ha enfrentado Pinochet y de aplicar la prescripción para los casos sobre violaciones de derechos humanos.²⁷ Además, la experiencia del juez en Derecho Penal lo llevaría a integrar la Sala Penal de la Corte Suprema, lo que eventualmente haría definir al máximo tribunal a favor de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía. De hecho, la noticia de su designación se dio a conocer en momentos en que la Corte Suprema aplicaba la prescripción en uno de los casos sobre violaciones a los derechos humanos en la dictadura. Alejandra Arriaza, abogada de la Corporación de Defensa de los Derechos del Pueblo (Codepu), señaló, vinculando ambos temas que “esperamos que no sea un precedente, ya que existe un fallo ante-

²⁶ “Oficializan propuesta de Ballesteros para llenar vacante en Suprema”, *El Mostrador*, 9 de agosto de 2005.

²⁷ “Les preocupa llegada de Rubén Ballesteros”, *El Mostrador*, 6 de agosto de 2005.

rior de la misma Sala en que se aplicó la figura del secuestro permanente (...) En todo caso, la llegada de Ballesteros nos preocupa, porque en todas sus resoluciones él ha estado a favor de la Amnistía y la prescripción”.²⁸

Al igual que en el caso de la jueza Herreros, el Gobierno solicitó la suspensión de la sesión del Senado en que se votaría la designación de Ballesteros. La razón, en palabras del vocero de Gobierno, Osvaldo Puccio, se debió a que varios Senadores (oficialistas) no se encontrarían en la sala ese día, lo que podría hacer fracasar la designación del candidato.²⁹ Al mismo tiempo, el vocero de Gobierno negó que se tratara de un retiro definitivo de la propuesta del Presidente, en la medida que las críticas a esta designación se habían incrementado fuertemente con el tiempo.³⁰

Así, varias de las agrupaciones habían desclasificado documentos en que se mostraba que el candidato de Gobierno para ocupar la Corte Suprema, había tomado parte en los Consejos de Guerra, medida que Ballesteros reconoció pero justificándose en supuestas medidas que le habrían obligado a tomar parte en ellos.³¹ A las críticas de las agrupaciones de derechos humanos, que se intensificaron con los días, se sumaron las de los deudores de Eurolatina quienes manifestaron su indignación con la medida.³² Al igual que en el caso antes descrito, lecturas más profundas de los nombramientos parecen indicar que acá, de nuevo, estaba operando el sistema de consensos extra-parlamentarios. Roberto Garretón, reconocido abogado de derechos humanos y hasta 2005 representante en América Latina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló que “a los jueces chilenos no les importa si esa ley fue dictada por un Parlamento o por un dictador. Mientras diga ley. El derecho no lo aplican. Por eso es aún más grave que en democracia pueda nom-

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ “Senado suspende votación de Ballesteros como integrante de Suprema”, *El Mostrador*, 10 de agosto de 2005.

³⁰ “Ballesteros es un juez que no ha aplicado el derecho en favor de la vida”, *El Mostrador*, 11 de agosto de 2005;

“Candidato del gobierno presidió Consejos de Guerra entre 1973 y 1976”, *El Mostrador*, 13 de agosto de 2005; “Candidato a la Suprema vota por absolver a dos ex agentes de la DINA”, *El Mostrador*, 14 de agosto de 2005.

³¹ “Candidato del gobierno presidió Consejos de Guerra entre 1973 y 1976”, (cit.).

³² “Deudores de Eurolatina indignados con nominación de Ballesteros”, *El Mostrador*, 7 de agosto de 2005.

brarse a un supremo que no haya estado dispuesto a servir para la vida. Lamentablemente eso está ocurriendo en muchos casos, sobre todo con el nuevo sistema de nombramiento que exigió la UDI, para tener el control de los jueces de la Corte Suprema. Los jueces que están llegando a la Corte Suprema son de cercanía o militancia UDI".³³ El abogado de derechos humanos, Juan Subercaseaux señaló que "[e]l nombramiento de Ballesteros sólo podría explicarse por un acuerdo político del gobierno, para quedar libre de la tremenda presión que le está haciendo la derecha por el caso de los parientes del Presidente, por lo que se puede interpretar como una moneda de cambio. Fuera que es la entrada de una persona para reemplazar a Hernán Álvarez, que es otro pinochetista acérrimo".³⁴

Estas declaraciones deben tomarse en cuenta, especialmente cuando coinciden con la visión que un ex integrante de la Corte Suprema tiene sobre ella. El ex juez de la Corte Suprema, José Benquis, poco antes de retirarse señaló que la Corte Suprema es conservadora y gusta de los jueces que "clonan" su pensamiento. Sobre el sistema de nombramientos, que acá repasamos, señaló que:

*"La votación es secreta. Tampoco sé cómo se instalan esas mayorías. Podríamos pensar que están en juego diversas facciones católicas tratando de hacer primar afectos o relaciones personales, pero yo no entro en ese juego (...) Lo que pasa es que como se efectúan los nombramientos de los ministros de la Suprema, estamos logrando obtener una clonación de cerebros en esta Corte. La modificación constitucional de 1997 señalaba que el Presidente elegía y el Senado confirmaba o rechazaba dependiendo si los antecedentes eran o no recomendables. Pero, desgraciadamente, la realidad demostró que no era así. Es la minoría del Senado, por el binominalismo que impera, quien decide todos los nombramientos. No tengo que decir quiénes son la minoría. Y el Presidente se siente con una carga extra porque si el Senado la rechaza, están poniendo en tela de juicio sus decisiones".*³⁵

³³ "Ballesteros es un juez que no ha aplicado el derecho en favor de la vida", (cit.).

³⁴ "Cuestionan eventual nombramiento de Ballesteros como ministro de la suprema", *El Mostrador*, 10 de septiembre de 2005.

³⁵ "La Corte Suprema no es creíble", *La Nación*, 11 de septiembre de 2005.

Y continúa sus críticas señalando que:

“El Presidente no ha tenido la libertad de hacer una propuesta y debe limitarse a una nómina elaborada por un ente que está influido por determinadas concepciones conservadoras. El Presidente se siente entonces en un zapato chino, proponiendo a una persona que de antemano se sabe que será aceptada por el Senado. Por eso, mis expectativas de que íbamos a tener una Suprema pluralista no se han podido lograr.

*Lo que más me extraña es que en algunas quinas vayan sólo personas que tienen ciertas afinidades. Y que se diga que somos independientes. No se puede pensar siquiera que los jueces son asépticos políticamente. Eso es una fantasía. Eso no opera en la realidad. Sobre todo en las personas cultas, todos tienen cercanía o afinidad por algún esquema determinado que lo enmarca dentro de programas de tipo político. Que los ministros o los jueces sean asépticos políticamente sólo cabe en el terreno de las fantasías de Bilz y Pap. Todo esto en circunstancias de que hay elementos de la misma categoría o muy superiores en su desempeño que los omiten porque no son afines a esas ideas que imperan”.*³⁶

De todas formas, lo importante es que la ciudadanía tiene dudas legítimas sobre los jueces que van a llegar a ocupar un puesto en la Corte Suprema. Pero no encuentran canales institucionales para presentar sus reclamos.³⁷ Tanto así que el Senado no tuvo problemas para ratificar la nominación de Ballesteros, que entonces pasó a incorporarse a la Corte Suprema. Con 34 votos (y solo 10 en contra) Ballesteros se convirtió en el segundo juez en llegar a la Corte Suprema durante 2005.³⁸ Una vez elegido, Ballesteros señaló que no comparte las aprensiones hacia su persona y que “no puede dar garantías de cómo serán sus actuaciones en ese tipo de causas y señaló que se resolverán en relación a los méritos del proceso y a lo que en rigor corresponda”.³⁹ También señaló que no posee mayores aprensiones sobre el sistema de designación:

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Sobre este punto volvemos enseguida, al referirnos a las sesiones del Senado.

³⁸ “Senado confirma a juez Ballesteros como nuevo miembro de la Suprema”, *El Mostrador*, 16 de agosto de 2005.

³⁹ “Ballesteros asume con modestia nombramiento como supremo”, *El Mostrador*, 17 de agosto de 2005.

*“Considero solamente que cada organismo, cada institución, ha cumplido la tarea que entrega la Constitución. Se hizo la quina, el señor Presidente de la República eligió un nombre, el Senado en definitiva lo aprobó y eso es lo único que queda para mí. Contingencia o vicisitudes que haya habido entremedio, no me corresponden a mí calificarla”.*⁴⁰

Finalmente, en septiembre de 2005 Ballesteros juró como nuevo integrante de la Corte Suprema.⁴¹ Los cuestionamientos a Ballesteros terminaron con un acuerdo del Pleno de la Corte Suprema que analizaremos en el acápite siguiente.

No terminaban las repercusiones del caso Ballesteros cuando el Gobierno se enfrentaba a una nueva designación, esta vez para cubrir la vacante dejada por Hernán Álvarez. El escenario, además, anotaba cambios importantes. Las recientes reformas a la Constitución, promulgadas el 17 de septiembre de 2005, establecían el principio de publicidad de los actos y procedimientos del Estado, por lo que la designación de este nuevo candidato estaría acompañada de un intenso debate en torno al secretismo de las sesiones del Senado.⁴²

La designación del Ejecutivo recayó en el juez Sergio Muñoz, conocido, entonces, por ser el juez a cargo de las investigaciones del caso ‘Riggs’, sobre las cuentas secretas de Pinochet. El Ministro de Justicia, Luis Bates, señaló que “no cabe duda que reúne los méritos necesarios: excelencia jurídica y un currículum académico destacado. Su accionar ha estado caracterizado por el alto grado de independencia con que ha tomado sus decisiones. Es un juez joven, que puede ser un aporte al trabajo complejo y variado que lleva a cabo el máximo tribunal. A pesar de la notoriedad pública de sus casos ha actuado siempre con prudencia y ponderación, alejado de protagonismos personales. Y sus investigaciones las ha realizado siempre con eficiencia y rapidez, no obstante la lentitud del antiguo procedimiento”.⁴³

⁴⁰ “Ballesteros: ‘No tengo una posición contra los DDHH... no podría ser’”, *El Mostrador*, 17 de agosto de 2005.

⁴¹ “Rubén Ballesteros juró como nuevo integrante de la Suprema”, *El Mostrador*, 6 de septiembre de 2005.

⁴² Este punto será analizado en el acápite (4) relativo a la publicidad de las sesiones.

⁴³ “Lagos propone a juez Muñoz para la Suprema y siembra incertidumbre en Caso Riggs”, *El Mostrador*, 12 de septiembre de 2005.

El nombre de Muñoz, el juez más joven que podría llegar a la corte Suprema (48 años) fue escogido de una quina que incluía los nombres de los jueces Lenin Lillo, de la Corte de Apelaciones de Temuco; Julio Torres Allú, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; Margarita Herreros Martínez, de la Corte de Apelaciones de San Miguel y cuyo nombramiento había sido rechazado –según vimos– y Gabriela Pérez Paredes, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Esta vez, al igual que en los dos casos anteriores, el sistema de nombramientos también fue objeto de críticas. No por el perfil del juez designado, sino por el posible uso político del sistema de designaciones. El hecho de que Muñoz estuviera al tiempo de su designación a cargo de las investigaciones por las cuentas secretas de Pinochet (el denominado ‘Caso Riggs’), causó sospecha entre varios de los abogados de derechos humanos que son partes en la causa, puesto que Muñoz había mostrado eficiencia y rapidez en la tramitación de las investigaciones. Así, Eduardo Contreras señaló que aunque no tiene dudas acerca de la capacidad de Muñoz para llegar a la Corte Suprema, “su designación corresponde a una maniobra política de La Moneda para alejar a Muñoz del caso”.⁴⁴ Insistió que “dado el contexto del país y lo vivido en las últimas semanas, uno tiene el legítimo derecho de dudar si esto no se trata de una nueva maniobra política de La Moneda para poner fin al caso Riggs”. Indicó que le parecía extraña la “rapidez con la que el Presidente Lagos, que suele tardarse mucho en estas designaciones, ha procedido a nombrar a Muñoz. No dudo de sus méritos, creo que merecería estar en la Suprema, pero para nosotros esto apunta a mucho más que un ascenso de Muñoz, sino al fin del caso de las cuentas”.⁴⁵

Pese a las críticas que recibió el nombramiento, por el posible uso político del mismo, lo cierto es que su designación de todas formas retrasaría las investigaciones. Con todo, el Poder Judicial daría una fuerte señal al colocar al juez Carlos Cerda a cargo de las investigaciones. Muñoz, por su parte, no tuvo problemas en el Senado, donde recibió el apoyo necesario para ser nombrado en el cargo (36 votos a favor y 8 en contra).

Finalmente, a fines de 2005 era preciso llenar la plaza de José Benquis quien, habiendo cumplido los 75 años, debía dejar la

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ “Juez Muñoz fue propuesto por Lagos para integrarse a la Corte Suprema”, *El Mostrador*, 13 de septiembre de 2005.

Corte Suprema. Y, siguiendo la pauta del año, este nombramiento no estuvo ajeno de críticas. Esta vez el elegido del Presidente fue el juez Carlos Cerda.⁴⁶ El juez Cerda se encontraba a cargo de las investigaciones por la venta de armas de Chile a Ecuador, en 1995, año en que ese país se encontraba en guerra con Perú. Además, recordemos, había asumido las investigaciones en el 'Caso Riggs'. Desde luego, esta vez las críticas indicaban que el Gobierno lo nombraba para dejar las (complicadas) causas. Y lo cierto es que su designación en la quina era toda una sorpresa. Cerda, que tiene méritos de sobra para ser miembro de la Corte Suprema (es uno de los jueces más capacitados, con doctorados en Lovaina y París II, además de numerosas publicaciones académicas, un currículum poco común entre los jueces chilenos), había sido omitido reiteradamente de las quinas elaboradas por la Corte Suprema. Antiguos roces con los miembros más conservadores de la Corte Suprema, que se remontan a su perseverancia en las causas sobre derechos humanos durante la dictadura, no sentaron bien entre quienes entonces calificaban su desempeño.⁴⁷

Cerda, en cambio, no realizaba esas lecturas sobre su designación. Al menos no las realizaba respecto a las causas que tramitaba en ese momento. Sí lo hacía sobre su designación en particular: "[las] instituciones tienen que ir progresando, y probablemente la Corte Suprema es una Corte que también se va modernizando y ha creído ver en este momento que alguna de estas cinco personas que fueron incluidas en la quina, o al menos cuatro de las cinco, podían constituir un aporte para lo que hoy en día está demandando el Poder Judicial"⁴⁸. Además señaló que esperaba que la nominación fuese "una buena noticia para la comunidad chilena, sin distinción alguna".⁴⁹

Al igual que en las designaciones antes descritas, ésta también se vio 'afectada' por la contingencia política del momento. El momento en que la Corte elaboró la quina, así como el momento en que el Presidente Lagos realizó la nominación de Cer-

⁴⁶ "Presidente Lagos propone a ministro Carlos Cerda para integrar Corte Suprema", *La Tercera*, 26 de diciembre de 2005.

⁴⁷ Fue sancionado varias veces y estuvo a punto de ser expulsado del Poder Judicial.

⁴⁸ "Ministro: 'Confío en la buena decisión de miembros del Senado'", *El Mercurio*, 27 de diciembre de 2005.

⁴⁹ "Carlos Cerda es la carta del Gobierno para llenar vacante en la Suprema", *El Mostrador*, 26 de diciembre de 2005.

da, se ubicó justo a medio camino entre la primera y segunda vuelta presidencial. Durante ese período los dos bloques, Gobierno (Concertación de Partidos por la Democracia) y Oposición (Alianza por Chile), habían mantenido la tensión por medio de propuestas y presiones en que uno proponía proyectos que habían sido mencionados por el otro como prioritarios. La estrategia era presentar el proyecto y mostrar si en verdad se trataba de áreas prioritarias (las mencionadas por el otro).⁵⁰ La designación de Cerda no fue la excepción. Como se señaló en algunos reportajes, la identificación del Juez Cerda con las causas sobre violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo Pinochet, significaron que esta nominación fuera entendida como una maniobra política “con el fin de poner en aprietos a la Alianza por Chile para ratificar o no al nominado en el Senado”.⁵¹ El Ministro del Interior, Francisco Vidal, señaló que “[n]os parece importante que el candidato de la derecha tenga un planteamiento positivo similar al que tuvo la semana pasada al pedirle a sus senadores que respaldaran a Enrique Marshall como consejero del Banco Central [y que lo ideal sería] que esta votación se efectúe la próxima semana”.⁵² Lo mismo hizo el Ministro de Justicia, Luis Bates, quien pidió al Senado pronunciarse, ojalá, “la próxima semana”.⁵³

En la Alianza por Chile, por su parte, buscaron desde su nominación atrasar las audiencias en el Senado (de exposición y de ratificación) para después de la segunda vuelta. Alberto Espina, Senador RN, señaló que le molestaba la forma en que el Gobierno “manosea” al juez, agregando que “[el gobierno] cree que somos como unos payasos, como presidente de la comisión de Constitución no voy a poner en tabla esta semana esta iniciativa hasta después de la elección [porque] se pretende utilizarlo para generar un hecho político”.⁵⁴

Finalmente, tanto la exposición de Cerda en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, como la sesión del Senado fueron aplazadas, primero, para la semana siguiente a la segun-

⁵⁰ Así ocurrió, por ejemplo, con la reforma al sistema binominal.

⁵¹ “Las claves en la nominación de Cerda”, *El Mercurio*, 27 de diciembre de 2005.

⁵² “Gobierno insta a Piñera a ordenar oposición”, *La Nación*, 28 de diciembre de 2005.

⁵³ “Bates insta al Senado a votar próxima semana”, *El Mercurio*, 28 de diciembre de 2005 y “Gobierno desafía a la Alianza por juez Cerda”, *La Tercera*, 28 de diciembre de 2005.

⁵⁴ “Gobierno insta a Piñera a ordenar oposición” (cit.).

da vuelta (16 a 20 de enero de 2006), y luego para marzo. El primer aplazamiento obedecía a las razones que había entregado el Senador Espina; él no quería votar la nominación de Cerda antes de la segunda vuelta;⁵⁵ así, la ponencia de Cerda quedaba programada para el miércoles 18 de enero.⁵⁶ La tarde del martes 17 de enero el Gobierno quitó la urgencia que había puesto a la ratificación de Cerda, de suerte que ambas, exposición y audiencia, quedaban para marzo de 2006.⁵⁷ De acuerdo a versiones de prensa, la medida se habría adoptado luego de un “sondeo” que realizó el Gobierno donde verificó que Cerda no contaría con los votos necesarios para su ratificación. Espina, en cambio, señala que la medida obedece a la alta carga de trabajo de la Comisión, lo que hizo necesaria la medida.⁵⁸

El repaso del ‘año electoral supremo’ muestra que el procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema está lejos de ser uno ‘apolítico’. Al contrario, diferentes hechos de significancia política muestran que el nombre del candidato importa a la comunidad. Sus intereses, por decirlo de alguna forma, se pueden ver (más o menos) afectados por las decisiones que toman quienes llegan a la Corte Suprema. Y ello no los deja indiferentes. Francisco Cumplido, uno de los promotores de la reforma al sistema de nombramiento que se concretó en 1997, contemplaba un sistema de carrera judicial. Así, la designación de los jueces al máximo tribunal no dependería de que los jueces de “Corte de Apelaciones que quieran ascender, humanamente estén mirando la correlación de fuerzas políticas en el Senado, [pues ello] me parece inconveniente para la carrera judicial”.⁵⁹ El reclamo de Cumplido es el que se suele reiterar por varias otras autoridades durante este período: el sistema politiza la elección. Sin embargo Cumplido repara en otro punto fundamental, en lo cual es acompañado por el Ministro de Justicia, Luis Bates: el quórum de ratificación, excesivamente alto (2/3) significa negociaciones, conversaciones y acuerdos.⁶⁰ En la oposición señalan que la exis-

⁵⁵ “Senadores recibirán después de segunda vuelta a juez Carlos Cerda”, *El Mostrador*, 5 de enero de 2005.

⁵⁶ Luego volveremos sobre este punto, a propósito de la publicidad de las sesiones.

⁵⁷ “Gobierno posterga ratificación de Cerda”, *El Mercurio*, 18 de enero de 2006.

⁵⁸ “Comisión del Senado posterga para marzo audiencia con juez Carlos Cerda”, *El Mostrador*, 18 de enero de 2006.

⁵⁹ “Nominaciones a la Suprema en tensión”, (cit.).

⁶⁰ *Ibid.*

tencia de esos ‘acuerdos’ es justamente una de las virtudes del sistema: “el alto quórum obliga al Gobierno a negociar con el Senado, lo cual es mejor a que el Presidente haga todos los nombramientos”.⁶¹ Justamente este tipo de acuerdos hace innecesaria, de alguna forma, la votación en el Senado. En efecto, la finalidad de esa sesión, a lo sumo, será sólo la de ‘oficializar’ un acuerdo adoptado previamente, fuera del Senado.

3. El nuevo actor: la Corte Suprema

Las críticas que recibió el sistema de nombramientos, y en especial los problemas que se generaron en los nombramientos de Herreros (fallido) y de Ballesteros, hicieron que el tercer actor del sistema de designaciones entrara en escena. Hasta ahora, hemos visto que Senado y Ejecutivo habían centrado la atención en las disputas al momento de realizar los nombramientos. Las disputas, casi por regla general, se debían al hecho de que el ejecutivo no pedía la opinión de los Senadores antes de enviar su propuesta al mismo. Durante 2005 la Corte Suprema decide entrar en escena al hacer ver su malestar ante el sistema de nombramiento de sus miembros.

Justamente los sucesos descritos durante las nominaciones de Herreros y Ballesteros motivaron una sesión especial del pleno de la Corte Suprema, el que se pronunció al respecto.⁶² Antes de que se conociera el acuerdo del Pleno, se indicaba que la Corte estaba preocupada por las disputas políticas que terminaban empañando el procedimiento de designación de los jueces.⁶³ La insatisfacción de los jueces de la Corte Suprema con el actual sistema de nombramiento de los jueces se refería particularmente a la nueva práctica que había adoptado la Comisión de Constitución del Senado, donde los postulantes rinde examen y se mira a la Corte en un rango inferior que los senadores. Además, de acuerdo a declaraciones sin identificar, es “casi una falta de respeto

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² El Pleno de jueces de la Corte Suprema consiste en una sesión especial en que concurren todos los jueces y todas las juezas de la Corte Suprema. Tal como ocurrió en este caso, se expresa por medio de acuerdos, sin perjuicio de las sentencias y demás resoluciones que dicta cuando corresponde.

⁶³ Estas apreciaciones fueron confirmadas en el comunicado que acompañaba la declaración del pleno. Véase, Declaración del Pleno de la Corte Suprema sobre designación de sus Ministros, Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial, 19 de agosto de 2005.

que estos ministros de la Corte [los postulantes] tengan que responder consultas bastante básicas sobre algunas materias judiciales y, luego, sin ningún argumento de fondo se rechace al candidato".⁶⁴ Entre esas declaraciones se señaló que la Corte Suprema ya había iniciado contactos con el Senado, de suerte de proponer una rebaja en el quórum de ratificación.⁶⁵ Desde luego que un sistema tal, con quórum rebajado, sólo eliminaría del escenario el 'sistema de acuerdos' pero nada de ello asegura que los factores 'políticos' desaparecerán.

El 19 de agosto el Pleno de la Corte Suprema emite su acuerdo sobre el sistema de designación de los miembros de la Corte Suprema.⁶⁶ En el acuerdo hace referencia expresa a la situación vivida por la jueza Herreros, señalando que ella:

*"fue invitada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de esa Corporación, que debía examinar sus antecedentes, a fin de intercambiar ideas con ella, luego de lo cual los senadores participantes en la reunión se expresaron en forma elogiosa a su respecto".*⁶⁷

Lo que le molesta a la Corte es que, pese a esos elogiosos comentarios, efectuados por varios senadores, "la postulación de la magistrada Herreros fue[ra] rechazada en la sala del Senado, a causa de que no se reunieron los votos necesarios para configurar el quórum exigido por el art. 75 inciso tercero de la Constitución Política de la República para su aprobación".⁶⁸ Los jueces de la Corte Suprema saben cuál es la razón de ese rechazo, porque esa razón –como hemos venido señalando– nunca se ha ocultado:

*"En opinión de algunos señores Senadores, ello ocurrió porque el Gobierno no habría consultado a todos los partidos políticos antes de enviar la proposición respectiva a la Cámara Alta".*⁶⁹

⁶⁴ "Suprema expresará 'malestar' por sistema de nombramiento de integrantes", *El Mostrador*, 19 de agosto de 2005.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Véase, Declaración del Pleno de la Corte Suprema en Relación con la Designación de sus Ministros, Corte Suprema (versión en línea en: <http://www.poderjudicial.cl/0.8/noticias/venot.php?id=700>, 23 de diciembre de 2005).

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

Tal como señaláramos más arriba, la Corte, luego del rechazo a la postulación de la jueza Herreros, reemplazó su nombre por el de Rubén Ballesteros, quien:

*“[t]ambién (...) fue invitado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y, una vez más, su intervención en ella fue objeto de comentarios laudatorios. Sin embargo, su aprobación por la sala del H. Senado sólo fue posible luego de laboriosas negociaciones, pues su nombre era objetado por grupos de presión que no compartían el criterio con que había fallado en distintas causas de connotación política”.*⁷⁰

Acá la Corte entrega una señal fundamental. Señala que le molestan las apreciaciones políticas que se realizan sobre la labor de sus jueces; sin embargo, ella misma reconoce que no se trata de todas las causas que resuelven los jueces, sino que de algunas “causas de connotación política”. Una vez repasados los dos sucesos que motivan el pleno de ministros de la Corte Suprema, señalan que les preocupa la politización de las designaciones, cuando ellos y ellas reconocen que las causas que se tienen a la vista por el Senado, poseen “connotación política”.

*“[La Corte] mira con preocupación la creciente politización del procedimiento de designación de sus integrantes, en el cual la aprobación de los candidatos propuestos por el Supremo Gobierno pareciera estar siendo determinada, no por sus méritos profesionales y personales, sino por las supuestas simpatías que se cree posible deducir de las resoluciones dictadas por ellos en asuntos jurisdiccionales con eventuales connotaciones partidistas”.*⁷¹

Esa politización, estima la Corte, afecta “la indispensable independencia que debe exigirse a los miembros de los tribunales de la República, pretendiendo inducirles a resolver determinados asuntos teniendo en cuenta la reacción que sus decisiones pudieren tener en los distintos sectores del Senado. El interés general demanda subsanar este riesgo, evitando sus inconvenientes consecuencias”.⁷² Para alcanzar ese objetivo, el Pleno estima

⁷⁰ Ibíd.

⁷¹ Ibíd., punto 1°.

⁷² Ibíd., punto 2°.

que es preciso –tal como lo señalamos antes– “reformular el inciso tercero del art. 75 de la Constitución Política de la República, estableciendo que el acuerdo del Senado que se pronuncie sobre la proposición del Jefe del Ejecutivo, deberá ser adoptado mediante una votación pública y fundada, que sólo podrá serlo en consideraciones concernientes a la idoneidad ética o profesional del respectivo candidato. Asimismo, debiera procederse a una reducción del quórum exigido para la aprobación del nominado, el cual, sin dejar de ser elevado, a fin de asegurar la seriedad del proceso, no lo fuera tanto como para provocar presiones indeseadas”.⁷³

La Corte vuelve sobre la independencia, agregando la necesidad de transparentar las sesiones de votación para la ratificación. Pero la Corte aboga por la transparencia sólo como una consecuencia de que se logre lo primero. Es decir, lo hace no para permitir que la ciudadanía fiscalice a quienes son propuestos como integrantes de ella, sino para que ella misma fiscalice a los senadores que, en su escenario ideal, no deberían hacer preguntas indebidas (o sea, de connotación política). Esto queda de manifiesto cuando, al finalizar, el acuerdo de la Corte señala que:

“siempre con la finalidad de velar por la independencia e investidura de los magistrados que son propuestos por el Presidente de la República, es necesario aconsejar a quienes lo sean en el futuro, que se abstengan de aceptar invitaciones a reunirse con los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pues ellas, en el contexto en que han tenido lugar, han demostrado carecer de objeto y, al mismo tiempo, comprometen la imparcialidad y dignidad de los magistrados, los cuales en el curso de tales reuniones podrían verse forzados a emitir pronunciamientos que impliquen inhabilidades futuras o que, en todo caso, limiten su libertad para fallar con arreglo a derecho”.⁷⁴

Hasta ahora se ha señalado que varios de los casos que resuelve la Corte Suprema tienen inevitablemente una “connotación política”. Como vimos, la misma Corte lo reconoce. Si la Corte Suprema es la cabeza de un Poder del Estado, y de hecho reclama autonomía financiera para su buen funcionamiento, ¿significa que debe quedar excluida de cualquier tipo de control?

⁷³ *Ibíd.*, punto 3°.

⁷⁴ *Ibíd.*, punto 4° (el destacado es nuestro).

Con todo, el argumento no es nuevo. La Corte Suprema en general suele recurrir al argumento de la autonomía del Poder Judicial al momento de oponerse a casi todas las reformas que buscan remover alguna de sus facultades, algo de su poder.⁷⁵ Cada vez que se proponen reformas judiciales en Chile la Corte Suprema aparece como un importante punto de referencia en la medida que es consultada, a través de oficios, por el Parlamento.

El Poder Judicial chileno, consultado en ese escenario, suele hacer uso de un fuerte grado de cohesión entre sus pares al momento de defender las cuotas de poder de las que goza. La historia de las reformas al sistema judicial muestra que tal ha sido la reacción de la Corte, la que rechaza todas aquellas propuestas de modificación que minimizan sus facultades; para ello, la separación de poderes e independencia son sus banderas de lucha.

Ejemplos abundan para mostrar lo anterior. Cuando se propuso la creación del Consejo de la Magistratura, en el que veía cómo una serie de atribuciones que actualmente posee pasarían a un órgano profesional, la Corte Suprema se manifestó en contra.⁷⁶ En las primeras discusiones en torno a la Reforma Procesal Penal, donde miraban con recelo el creciente poder que obtendrían el Ministerio Público y la Defensoría Penal y particularmente en lo relativo al rol de ésta en la designación de los altos cargos.⁷⁷ Además, no consideraba urgentes los cambios a la justicia criminal.⁷⁸ A propósito del proyecto de reforma constitucional que busca incorporar la figura del Defensor del Pueblo, bajo el pretexto de que agruparía en su seno funciones típicas de la Corte (como lo sería la defensa de los derechos fundamentales)⁷⁹ también le pareció innecesario. O cuando se discutió la creación

⁷⁵ Véase, González, Felipe, *Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación*, Informe de Investigación N° 14, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003.

⁷⁶ González, Felipe, *Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile* (cit.), p. 4.

⁷⁷ La solución a este punto, consensuada, por cierto, fue la de entregarle a la Corte Suprema la facultad de intervenir en el nombramiento del Fiscal Nacional, aunque el Ministerio Público no queda sujeto a ésta.

⁷⁸ González, Felipe, *Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile* (cit.), p. 9.

⁷⁹ Véase sobre el particular, *La Idea de un Defensor Ciudadano en Chile, selección de prensa 1989-2002*, Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, Capítulo Chileno del Ombudsman Defensor del Pueblo, Santiago, 2002, pp.39, 40, 75 y 97. Se aprecia cómo los sectores más conservadores rehúyen la posibilidad de crear un defensor sobre la base de que sólo se necesita destinar más recursos al Poder Judicial. Otra de las "soluciones" que la Corte propone a todos los problemas.

de la Academia Judicial, donde la Corte veía cómo perdía parte del poder en la designación de quiénes pasarían a formar parte de las filas del Poder Judicial.⁸⁰

Más recientemente, las críticas de la Corte Suprema estuvieron dirigidas al plan modernizador de la denominada Agenda Judicial. Como se sabe, fue la propia Corte la que impulsó una revisión de los recursos económicos con que ella contaba, en orden a acrecentar su independencia del ente encargado del Presupuesto de la Nación. A esta propuesta, a la que la Corte sumó la revisión de la Academia Judicial,⁸¹ el Gobierno decidió acceder sólo en la medida que se incorporen nuevos sistemas de *pesos y contrapesos* que sean capaces de equiparar el poder entre los diversos poderes del Estado. La Corte, también en una sesión del Pleno, rechazó la propuesta del Gobierno en orden a crear un foro nacional de abogados y académicos que discutieran posibles reformas, pues ello, a juicio de la Corte, “desconoce a un Poder del Estado capacidad para revisar asuntos referentes a su organización”. Es decir, si se trata de su organización es ella –la Corte– la que debe resolver.⁸²

Todas estas reformas tienen un denominador común: buscan reducir parte del poder de la Corte, de una parte, mientras buscan equilibrar el poder entre las diferentes ramas del Estado, de otra. Las reformas constitucionales de 2005 tampoco fueron excepción.⁸³ En el caso concreto de la designación de los jueces que integrarán la Corte Suprema ocurre exactamente lo mismo; la Corte estima que sólo ella está capacitada para decidir quiénes pueden sumarse a sus filas. Esta opinión ha sido planteada por el juez Gálvez y la jueza Morales, quienes “estuvieron por dejar constancia que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, carece de facultades para hacer concurrir a los Magistrados propuestos, a una sesión inquisitiva, ya

⁸⁰ Al igual que en el caso de la reforma procesal, acá también se logró una salida consensuada que demuestra cómo los golpes de *facto* de la Corte Suprema sí producen efectos; los ministros de la Corte Suprema no quedan sujetos a la obligación de tomar ciertos cursos y el Directorio de la Academia incorpora en sus filas a miembros del Poder Judicial en conjunto con miembros ajenos a él.

⁸¹ La Corte Suprema, en informes sucesivos sobre la autonomía del Poder Judicial, ha venido manifestando su intención de situar a la Academia Judicial a su amparo, como lo hiciera cuando se discutió su creación.

⁸² Véase, Acta N° 111-2003, 15 de diciembre de 2003 (www.cortesuprema.cl/0.8/noticias/venot.php?id=541).

⁸³ Este aspecto se analizará con mayor detalle en la sección relativa a las reformas constitucionales y el Tribunal Constitucional.

que no existe norma constitucional ni legal al respecto, y estar limitadas sus atribuciones por los términos de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental”.⁸⁴

En esos dos niveles la Corte se muestra reacia a someterse al escrutinio público. Estima que no es necesario que sus ministros vayan a las sesiones en la Comisión de Constitución del Senado, en la opinión de la mayoría, y acusa al Senado de no tener facultades para citarlos a sesiones “inquisitivas”, en la de la minoría. Y ello cuenta con el apoyo del Gobierno. El Ministro de Justicia, Luis Bates, fue consultado sobre el acuerdo del Pleno, en medio de la designación del juez Carlos Cerda. En esa oportunidad señaló que “[c]omparto ese criterio que fijó la Corte Suprema”.⁸⁵ Todo esto evidencia una fuerte incoherencia. De una parte el Gobierno, encabezado en la materia por el propio Bates, urge al Senado con la sesión de Cerda, negocia con éste para evitar los roces de la no consulta y, de otra, está de acuerdo con que los jueces postulantes a la Corte Suprema no sean interrogados por la Comisión de Constitución.

En ese mismo contexto –la designación de Cerda, los mensajes del Gobierno y las citaciones al candidato de parte de la Comisión– la Corte vuelve a dar una señal. La Comisión de Constitución solicitó al juez Cerda el expediente de sus calificaciones. Esa solicitud fue resuelta –de nuevo– por el Pleno de la Corte Suprema, instancia que rechazó la medida pues ésta estimó que no era procedente, pese a que el Senador Espina las había solicitado para mejor resolver.⁸⁶ El Pleno señaló que una serie de disposiciones del Código Orgánico de Tribunales impedían que esos antecedentes fueran divulgados. Por ello, el mismo juez Cerda solicitó autorización para enviar él, personalmente, las calificaciones. La secretaría de comunicaciones de la Corte Suprema señaló que “[e]l ministro Cerda le consultó al señor Presidente si él podía enviar directamente sus calificaciones al Senado, ante lo cual el señor Presidente le manifestó que no había ningún inconveniente, puesto que esa reserva que está establecida en la ley es en beneficio del propio interesado”.⁸⁷ Esta solicitud se ha percibido por algu-

⁸⁴ Declaración del Pleno de la Corte Suprema en Relación con la Designación de sus Ministros (cit.).

⁸⁵ “Bates insta al Senado a votar próxima semana” (cit.).

⁸⁶ “Suprema rechaza entregar calificaciones de juez Cerda al Senado”, *El Mostrador*, 12 de enero de 2006.

⁸⁷ “Cerda pide autorización para entregar calificaciones a la Comisión del Senado”, *El Mostrador*, 13 de enero de 2006.

nos sectores como una estrategia de la Oposición para rechazar la nominación de Cerda por cuestiones formales, pues como se señaló el historial de Cerda muestra una serie de sanciones de las cuales fue objeto, y que lo tuvieron a punto de ser expulsado, durante el régimen de Pinochet. Es que de nuevo el Presidente incurría en un “error” que no se perdona en este mecanismo *sui generis* de designaciones: no sondeó a los senadores de Oposición para ver si, de antemano, estaban o no de acuerdo en el nombre del candidato.⁸⁸

En un sentido diverso al de la Corte, el Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, Diego Simpertigue, también se refirió y criticó el sistema de nombramientos. De acuerdo a un reportaje de *El Mostrador*,⁸⁹ una fuente de la Corte señaló que “el actual mecanismo permite que en las propuestas se incluyan a candidatos que logran muy pocas adherencias en las votaciones y que no tienen méritos funcionarios para ascender”. Simpertigue propone un sistema en que sólo los jueces con altas adhesiones puedan ser nominados a la Corte Suprema. Se requiere de un mecanismo que, sin muchas reformas, permita que primen los criterios de profesionalismo, lo que requiere que los jueces de los tribunales superiores se capaciten –cosa que el acuerdo que se logró en la creación de la Academia Judicial dificulta. Simpertigue insiste que es la capacidad de los jueces, y no su afinidad política, la que debe definir su futuro. Algunos sectores de la Corte manifestaron que “en los hechos [el sistema] ha resultado [en] que los sectores más conservadores tienen la llave para abrir o cerrar la puerta al candidato presentado por el Gobierno (...)”. Y ello coincide con las palabras del ahora retirado juez de la Corte Suprema, José Benquis, que citamos antes.⁹⁰

La pregunta que resta, luego de varias de las declaraciones que hemos revisado acá, es si acaso existe esa dualidad conservadores / liberales en la Corte Suprema. Benquis decía en sus declaraciones que dentro de lo conservadora que es la Corte en sí, era posible encontrar jueces alineados a uno y otro lado del espectro político. A fines de 2005, luego de haber pasado por tres nombramientos de jueces y a la espera de lo que ocurriría con Cerda, la Corte se

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ “Actual sistema para nombrar ministros impide la renovación de las Cortes”, *El Mostrador*, 14 de agosto de 2006.

⁹⁰ “La Corte Suprema no es creíble” (cit.).

vio enfrentada a una nueva tarea: la de designar a su presidente para el período 2006-2008. Los hechos ahí desarrollados dan cuenta de un par de antecedentes. Primero, se confirma que la Corte quiere mantenerse alejada del control ciudadano de sus funciones y, segundo, la Corte vuelve a configurarse en dos bloques (conservador / liberal) que le dan la razón a Benquis.

Marcos Libedinsky dejaba la presidencia de la Corte y las informaciones de prensa indicaban que en los primeros días en que se comenzaba a desarrollar la designación, Gálvez y Chaigneau eran los candidatos. Sólo en una etapa posterior, como veremos, entra un nuevo candidato; Enrique Tapia, a la postre elegido.⁹¹

Marcos Libedinsky, presidente saliente, respondió a todas estas dudas señalando que la elección de presidente de la Corte es un acto privativo del pleno del máximo tribunal y que por lo mismo no le "parece adecuado que se intente por cualquier tipo de persona u organismo tratar de influir en la decisión".⁹² Libedinsky repite sus aprensiones para con el control de la ciudadanía. Tal como mostramos al comienzo de este capítulo, cuando echa por tierra encuestas de opinión que ubicaban al Poder Judicial como el poder más corrupto y menos transparente, en esta oportunidad el juez de la Corte Suprema estima que la ciudadanía no tiene ningún rol que cumplir.

Mientras Gálvez y Chaigneau comenzaban a captar votos y el primero, particularmente, tomaba relativa ventaja, algunos jueces del sector más 'abierto' de la Corte comenzaron a levantar la figura de Enrique Tapia. Sergio Muñoz, llegado durante 2005 al máximo tribunal, es identificado como uno de los principales gestores de la candidatura de Tapia. Junto a Muñoz, Milton Juica movilizó a los jueces de la Corte a votar por Tapia sólo 48 horas antes de la votación.⁹³ Enrique Cury también habría tomado parte de esta estrategia de última hora, generada por el rechazo que produce Gálvez.⁹⁴

⁹¹ "Ministros Gálvez y Tapia luchan por votos", *El Mercurio*, 20 de diciembre de 2005.

⁹² "En votación secreta el pleno elige hoy al nuevo presidente" (cit.).

⁹³ "Ministro Enrique Tapia fue elegido nuevo presidente de la Corte Suprema," *El Mostrador*, 21 de diciembre de 2005. Se indica allí que Muñoz entra en frecuentes debates con Gálvez en los plenos de la Corte, mientras que Juica ha tenido serios entredichos con Gálvez en la Sala Constitucional de la Corte Suprema que ambos integran.

⁹⁴ "La operación que llevó a Tapia a presidir la Suprema", *La Tercera*, 25 de diciembre de 2005.

Finalmente, el 21 de diciembre de 2005 Enrique Tapia fue elegido presidente del máximo tribunal, con una sorprendente votación (15 votos para Tapia, 5 para Gálvez). Gálvez habría recibido los votos de Urbano Marín, Domingo Kokisch, Domingo Yurac y Jorge Rodríguez, más el suyo propio.⁹⁵ Lo cierto es que apenas resultó elegido, Tapia realizó declaraciones que permiten augurar cambios en la línea que acá venimos criticando. El nuevo Presidente señaló que “[u]na de las cosas por las que no hemos andado muy bien es por mantener tanto secreto, tanta cosa oculta. Ojalá podamos abrirnos un poco más”.⁹⁶ Agregó que “[ellos van] a necesitar [de la prensa] tanto como necesito a la gente aquí adentro. He pedido la colaboración de todos los colegas y creo que es lo más importante para poder trabajar, pero tan importante como eso es estar con ustedes y espero reunirme ojalá periódicamente”.⁹⁷

4. La publicidad de las sesiones en el Senado

La atención no ha estado colocada sólo sobre los nombres de los jueces que se han integrado a la Corte, ni únicamente sobre las vicisitudes que el sistema de nombramientos ha enfrentado durante 2005. El sistema de nombramientos posee otro problema que se hizo patente durante 2005: el secretismo que lo rodea. Como se señalaba por varias fuentes de la Corte Suprema en uno de los reportajes que reseñamos, que el sistema siga funcionando con el predominio de razones que excluyen el profesionalismo de los jueces se debe a que “[a]l no exigirle a los senadores tener que justificar el rechazo a un candidato se permite que la elección sea sólo en términos de afinidades políticas o ideológicas, [y ello] es lo que ha impedido que un sector más progresista del país tenga derecho a tener representación en la Suprema. Los últimos miembros de este tribunal siempre han sido representativos de los sectores más conservadores y católicos”.⁹⁸ Sin embargo no se sabe si las razones que se invocan para aceptar o rechazar alguna de las nominaciones del Presidente de la República carecen de esa mi-

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ “Enrique Tapia es elegido como nuevo presidente de la Corte Suprema”, *La Tercera*, 21 de diciembre de 2005.

⁹⁸ “Actual sistema para nombrar ministros impide la renovación de las Cortes” (cit.).

rada profesional. Lo cierto es que esas razones no se conocen en absoluto.

Las reformas de 2005 introdujeron el principio de la publicidad de las actuaciones del Estado y sus órganos.⁹⁹ Esa publicidad se extiende a los actos, resoluciones, documentos que fundamenten esos actos y resoluciones y, lo que es más importante para efectos de este capítulo, a los procedimientos que se utilicen. Es decir, la publicidad alcanza a toda la información que el Estado posea –desde luego con algunas excepciones legales– y a los procedimientos por medio de los cuales esa información se genera. De inmediato comenzó a debatirse si acaso esta reforma alcanzaba el procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema. En principio no deberían existir dudas sobre el alcance de la reforma constitucional. Desde septiembre de 2005 es la Constitución –la ley fundamental– la que establece el principio general de publicidad. Además, esa misma disposición establece que sólo por medio de una ley de quórum calificado podrá establecerse la reserva y/o secreto.¹⁰⁰

Es el artículo 159 del Reglamento del Senado, sin embargo, el que dispone que:

*“[s]erán siempre secretas las votaciones de los asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas, tales como nombramientos; rehabilitaciones de ciudadanía, y otorgamiento de nacionalidad por gracia”.*¹⁰¹

La regla del Reglamento del Senado establece dos requisitos. Primero, que se trate de asuntos de ‘interés particular’ y, segun-

⁹⁹ El detalle de esta reforma se trata en el Capítulo relativo al ‘Derecho de Acceso a la Información’.

¹⁰⁰ La disposición cuarta transitoria establece que, las materias que de acuerdo a las nuevas disposiciones deban ser objeto de regulación orgánica constitucional o de quórum calificado, se entenderá que cumplen con ese requisito mientras no se dicten las mencionadas leyes. Pero el reglamento del Senado no es una ley, sino que la manifestación de la facultad de autoorganización que le delega la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (D. Of. 05.02.1990) en su artículo 4º (“Cada Cámara tendrá la facultad privativa de dictar sus propias normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno”).

¹⁰¹ La Constitución nada dice al respecto. Sólo señala el procedimiento y es el Reglamento del Senado el que especifica que se tratará de acuerdos que se verificarán en sesiones secretas. El Reglamento del Senado en: http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/edic/base/port/portada.html (22 de diciembre de 2005).

do, que se trate –entre otras– de nombramientos. Dado que la ratificación de los candidatos a la Corte Suprema es parte de un procedimiento de nombramiento, sin duda, el Senado estima que se trata de una de las sesiones que enuncia el artículo citado. Se cumple así el segundo requisito. ¿Pero se trata de un asunto de ‘interés particular’? Hemos visto varios ejemplos de casos en que la cuestión a resolver va más allá de una disputa entre partes, sino que se trata de situaciones cuya decisión trae indudable interés para toda la sociedad. Muchas veces la sociedad toda se verá afectada por esa decisión. Las decisiones relativas a la “píldora del día después” o la aplicación del DL de Amnistía son un ejemplo de lo anterior. Hemos visto que el año 2005 se caracterizó por el hecho que la ciudadanía, a diferencia de lo que ocurría antes, mostró interés en tomar parte del sistema de nombramientos de los jueces de la Corte Suprema. Ese interés no encontró canales. Pese a esas manifestaciones y una serie de reportajes que –a la usanza de la prensa extranjera– cubrían los nombramientos, el Senado estima que se trata de un asunto de ‘interés particular’.

Respecto de las reformas constitucionales de 2005, es preciso revisar dos aspectos. Primero, las audiencias en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Segundo, la sesión de votación en la cámara del Senado.

Las audiencias en la Comisión. Las designaciones durante 2005 coincidieron, como señalamos, con la reforma constitucional que introduce la publicidad de los procedimientos de todos los órganos del Estado.¹⁰² El Senado, en cambio, estimó que su reglamento debía primar. A fines de 2005, el Programa de Derechos Humanos y Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, emitía una declaración pública por medio de la cual manifestaba su preocupación por el excesivo secretismo con que operaba el sistema de nombramientos de los jueces de la Corte Suprema. En ese comunicado, pese a que se reconocían algunos avances, se señalaba que el hecho de que los senadores no manifestaran sus razones para aprobar o rechazar una nominación era una manifestación de la escasa transparencia con que funciona el sistema, lo que, unido a la poca claridad (y decisión) del Senado acerca de cómo debía operar en esas sesiones, mantenía bajo se-

¹⁰² Al (nuevo) artículo 8° debemos sumar el artículo 6° que establece que los preceptos de esta Constitución obligan a todos los órganos del Estado, así como a toda persona, institución y grupo.

creto un procedimiento de indudable interés público.¹⁰³ Así lo ha resuelto la propia Comisión del Senado la cual, extendiendo las normas sobre las sesiones que antes vimos sobre las sesiones del Senado, ha señalado que:

*“En primer lugar, cabe recordar que las sesiones de Comisión –contrariamente a las de la Sala– no son públicas. A ellas solamente pueden asistir los señores Senadores y las personas que la Comisión expresamente acuerde citar. Este criterio se acentúa tratándose de asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas, como ocurre con los nombramientos. Así lo concibe el Reglamento del Senado en sus artículos 68, número 2, y 159 que, al disponer el secreto de la sesión de Sala y de la votación que debe efectuarse en ella, otorgan el mismo carácter a la respectiva sesión de Comisión”.*¹⁰⁴

La estrechez del razonamiento contenido en esta pauta es evidente. Tal como vimos anteriormente, el Senado, en una interpretación alejada de la realidad, estima que la designación de los jueces de la Corte Suprema es un asunto de interés particular, como si la designación de alguno de los candidatos al cargo de ministro del máximo tribunal fuese algo que sólo concierne a ese candidato. Los hechos permiten concluir justamente lo contrario. Es el propio Pleno de la Corte Suprema el que reconoce que varios de los casos que resuelven poseen una inevitable “connotación política”. El Senado se ha visto envuelto en una serie de presiones a propósito de varias de las designaciones y ha utilizado el sistema de nombramientos para hacerle ver al Presidente de la República “su malestar” cuando éste no le consulta sobre los candidatos.

La pauta que el Senado confeccionó para las audiencias de candidatos a la Corte Suprema continúa señalando que:

“A su vez, según el artículo 17 del Reglamento del Senado, ni aun los Comités podrían acordar darle otro carácter a esta sesión. En

¹⁰³ “Gobierno insta a Piñera a ordenar oposición” (cit.).

¹⁰⁴ Véase, *Pauta para las audiencias que la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento celebre con las personas que el Presidente de la República proponga para el cargo de ministro de la Exma. Corte Suprema*. Este documento fue entregado por la Comisión a Juan Pablo Olmedo, Presidente de Proceso a la Información Pública, a instancias de una solicitud que esta coalición realizó para tomar parte de sus sesiones para el caso de juez Carlos Cerda.

efecto, esta disposición preceptúa que ‘los Comités no podrán adoptar acuerdos relacionados con la tramitación de las acusaciones ni de los asuntos que deban ser sometidos a votación secreta’. Todavía más, el inciso segundo de este mismo artículo 17 dispone que ni aun la unanimidad de los Comités ‘podrá dejar sin aplicación aquellas disposiciones reglamentarias que no permiten, aunque exista unanimidad, adoptar una determinada resolución’.¹⁰⁵

Pese a que el nuevo artículo 8 establece la publicidad de todos los procedimientos de todos los órganos del Estado, el Senado entrega preferencia a su Reglamento.

A fines de 2005 la coalición ‘ProAcceso’ a la información pública envió una solicitud a la Comisión de Justicia del Senado para tomar parte en las sesiones que el Senado, como señala en su pauta, considera secretas.¹⁰⁶ Estando pendiente la sesión de la Comisión del día 18 de enero de 2006, donde se recibiría al juez Carlos Cerda, se envió una solicitud a la Comisión que fue aceptada bajo algunas condiciones: sólo una persona de la coalición podría tomar parte, lo haría como observador y sin intervenir. La solicitud iba acompañada de una serie de preguntas que la Comisión analizaría para ver si eran efectuadas al candidato. Como vimos antes, en momentos en que estaba fijada la audiencia del día 18 de enero, el Gobierno retira la urgencia en el nombramiento de Cerda que quedaría para marzo de 2006. Esa sesión, de todas formas, recibió al Presidente de ‘ProAcceso’ que recibió la pauta que ahora analizamos.

Esa pauta no sólo mantenía la decisión sobre la calidad de secretas de las audiencias en la Comisión, sino que además establecía una serie de estándares relativos a qué tipo de preguntas pueden realizarse en las mismas. A ese respecto la pauta señala:

“Los señores Senadores podrán formular todas las consultas que estimen pertinentes, especialmente en relación con la trayectoria del candidato en el Poder Judicial; con su experiencia profesional en el ámbito de la administración de justicia; sobre sus opiniones respecto de las transformaciones institucionales y modificaciones a los procedimientos judiciales efectuados en el último tiempo y otras que consideren convenientes.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ www.proacceso.cl.

No obstante, la Comisión consideró necesario hacer presente que existen algunas limitaciones de orden constitucional y legal que se deben tener en consideración.

*Por estas razones, los señores Senadores se abstendrán de formular consultas relacionadas con **causas judiciales pendientes o afinadas**, en especial las que puedan afectar la observancia de las normas sobre inhabilidades y deberes que corresponden a los jueces. Tampoco procede formular consultas en torno a **planteamientos doctrinarios** de los que pudiese inferirse la posición que el invitado adoptará al conocer de determinados procesos. Finalmente, no podrán formularse consultas que digan relación con **temas valóricos** vinculados a hechos públicos y controvertidos que pueden llegar a ser de conocimiento del respectivo Tribunal".¹⁰⁷*

Lo cierto es que los lineamientos de la Comisión hacen que esas audiencias sean, hasta cierto punto, irrelevantes e innecesarias. Prácticamente ningún asunto podrá tratarse en ellas pues la Comisión considera que los jueces deben evitar emitir opinión sobre cuestiones sobre las cuales deban eventualmente decidir.¹⁰⁸ Así, se exige que no se consulte a los jueces sobre planteamientos doctrinarios. Pero, ¿qué ocurre si los jueces tienen publicaciones sobre esos temas? Se prohíbe, asimismo, que se consulte a los jueces sobre 'temas valóricos' (aborto, legalización de la marihuana, eutanasia, entre otros). La idea que subyace a este tipo de razonamientos es que es mejor no opinar. Lamentablemente ese tipo de ideas hace que la propia Corte estime que sus jueces deben mantenerse fuera de cualquier clase de control –salvo el de ella misma–. Además que acarrea otras consecuencias como la así denominada 'Ley Mordaza'.¹⁰⁹

Desde luego que ello no es cierto; que a un juez no se le consulte sobre cómo fallaría tal o cual caso, o qué piensa sobre tal o

¹⁰⁷ El destacado es de la Comisión.

¹⁰⁸ Por ejemplo, hace un par de años el Programa Jurídico sobre Discapacidad realizó un Seminario sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Como la Ley de Integración (L. 19.284) coloca en manos de los Juzgados de Policía Local el conocimiento de las situaciones de discriminación en contra de estas personas, se invitó al juez del 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, Alejandro Cooper, para que inaugurara el seminario. En su calidad de Presidente de la Asociación de Jueces de Policía Local era interesante conocer su opinión. La primera demanda que se presenta en ese juzgado conoció de la inhabilidad del juez Cooper, quien señaló que no podía resolver ese asunto por haber emitido antes opinión al respecto. Se refería al seminario.

¹⁰⁹ Véase, Informe Anual sobre Derechos Humanos 2004 (cit.), p. 216.

cual tema valórico no significa, en absoluto, que ese juez no tenga esas opiniones (doctrinarias y valóricas). No hay independencia ni separación de poderes que se garantiza, sino que hay sólo una manifestación de la cultura jurídica chilena: no complicar las cosas. Los jueces tienen sus opiniones, pero la Comisión estima que es mejor no enterarse de ellas. Este mismo criterio de la Comisión debería impedir que los jueces hagan clases en universidades.

Las sesiones de la Cámara. Tal como dispone el procedimiento de nombramiento, una vez que el Presidente de la República designa a uno de los integrantes de la quina, esa elección debe ser ratificada en una sesión de la Cámara del Senado. Se requiere, para la ratificación, de los 2/3 de los votos. Esas sesiones, como hemos señalado, son secretas. El fundamento de las sesiones es el mismo que hemos repasado a propósito de las audiencias en la Comisión. En efecto, el fundamento del secreto en las audiencias es una extensión de las normas contempladas para las sesiones de la Cámara.

Que las sesiones sean secretas se ha discutido por largo tiempo. El escenario en 2005 cambió con las reformas constitucionales, en especial por la nueva regla que establece la publicidad de (todos) los procedimientos de los órganos del Estado. Como antes señalamos, la publicidad de estas sesiones es importante en estos nombramientos y eso se hizo ver en una declaración del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.¹¹⁰ Primero, es importante que el Senado muestre una cara más transparente a la ciudadanía. De ello hay algunas muestras, pero insuficientes. La transparencia es una exigencia que se deriva de la inevitable cuenta que piden los mandantes (el pueblo) a sus mandatarios (sus representantes electos por éste). Segundo, las sesiones deben revestir mayor seriedad. No sólo son sesiones secretas, además es común que el candidato no vaya a la misma, porque sabe que su presencia ahí es irrelevante. A ello debemos sumar el acuerdo del pleno de la Corte Suprema que le ‘recomienda’ a los jueces no asistir a las citaciones a las audiencias en la Comisión. Tercero, la regla de la publicidad no se satisface sólo con una apertura de estas sesiones; además se requiere que exista un debate razonado en el Senado, donde la ciudadanía tenga

¹¹⁰ “Lamentan secretismo en nombramiento de integrantes de la Corte Suprema”, *El Mostrador*, 29 de diciembre de 2005.

acceso y conocimiento de esas razones. Los senadores deben evitar elegir a un juez de la Corte Suprema sobre la base de su pura discrecionalidad. Los senadores, es cierto, carecen de la posibilidad de formarse opinión sobre el candidato, pues sólo la Comisión lo interroga. Además, es difícil que esa Comisión transmita una visión fidedigna del candidato a los diversos parlamentarios pues, como vimos, los criterios de la pauta de esas audiencias impiden que varios de los temas que configuran el quehacer de una Corte Suprema puedan preguntarse. Finalmente, cabe tener presente –como hemos señalado– que un número importante de las decisiones de la Corte Suprema afectan derechos y libertades de todos los chilenos y todas las chilenas. Por lo mismo, el debate que se produce sobre la idoneidad del candidato debe ser público.

Sin embargo, el efecto de la reforma constitucional generó un encendido debate en el Senado, el cual debatía –a propósito de la sesión sobre ratificación de Sergio Muñoz– la publicidad de las sesiones que se aproximaban. El nombramiento de Muñoz mostró avances en la materia. Una interpretación de Sergio Romero, Presidente del Senado, permitió que los medios de comunicación estuvieran presentes en el debate pero no en la votación, que se mantuvo secreta.¹¹¹ De acuerdo a Romero y luego de una intensa discusión previa a la sesión, “hoy el Senado demostró que es capaz de tener debates duros, difíciles y creo que la interpretación que di en el sentido que, conforme al artículo 8° de la Constitución ‘son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilizan, por lo que ni el Senado, ni sus comisiones, pueden celebrar sesiones o partes de sesiones en forma secreta o reservada, ni someter a votación asuntos de igual manera, que no se encuentren previstos en la misma Constitución Política o en una ley’ es la que prevalecerá en el futuro”.¹¹²

De todas formas, las impresiones de Romero contrastan con la visión de prensa al respecto, la que señaló que la sesión de ratificación “estuvo marcada por su carácter reservado”.¹¹³ Además, el debate previo a la ratificación de Muñoz muestra qué es lo que piensa el resto de los senadores. Pese a que Romero quiso hacer

¹¹¹ Diario de Noticias del Senado, 04 de octubre de 2005.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ “Polémica por secretismo en ratificación de Muñoz como integrante de Suprema”, *El Mostrador*, 4 de octubre de 2005.

pública la sesión, la mayoría de los parlamentarios estimó que era necesario modificar en ese sentido la Ley Orgánica del Congreso. Romero reiteró que “[h]a habido un debate con altura de miras. Ha habido argumentaciones y, por supuesto, contradicciones en las posiciones, lo que sin duda engrandece al Senado. (...) Yo, en el entendido de que todas las sesiones deben ser públicas en el futuro, he tomado la decisión de mantener el carácter público de la sesión y, con el objeto de conciliar posiciones, he admitido que por última vez se haga con el sistema de votación reservada, privada o secreta”.¹¹⁴

Esta posición contrastó con la de los senadores de la bancada de la Democracia Cristiana, quienes ante la interpretación efectuada por Romero presentaron una moción de censura que luego fue retirada únicamente porque se había alcanzado el acuerdo de que la votación fuera secreta.¹¹⁵ Hosaín Sabag, jefe de la bancada DC, señaló que “el presidente [Sergio Romero] no estaba respetando el sentimiento ampliamente mayoritario de la Sala. Nosotros le decíamos que se votara su proposición de que fuera pública. Le dijimos, aceptamos lo que dice, pero si no tiene que respetar lo que dice la Sala, y cuando dice ‘no, se hace lo que quiero’, bueno me veo en la obligación de presentar la censura, porque los derechos de la inmensa mayoría del Senado estaban siendo sobrepasados”.¹¹⁶ Esos derechos eran los de mantener en secreto la votación de asuntos que conciernen a toda la comunidad.

Por su parte, Juan Antonio Coloma, de la UDI, señaló que “el voto debe ser secreto en este tipo de materias, para evitar interferencias, amenazas indebidas, cuestionamientos indebidos. Todo debe ser público, pero el voto de la persona siempre debe ser secreto respecto a las personas nombradas”.¹¹⁷ No resultan claras ninguna de estas explicaciones.

Días después del incidente, Romero reiteró que los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados presentaron indicaciones destinadas a adecuar la Ley Orgánica del Parlamento. El objetivo de esas indicaciones es permitir que las audiencias sean públicas.¹¹⁸ Romero señaló que “queremos un camino transpa-

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ “Romero confirma que todas las sesiones del Senado serán públicas”, *El Mostrador*, 18 de octubre de 2005.

rente y público en general. Habrá materias, porque hay ciertas situaciones que no han sido bien comprendidas por algunos que son naturalmente reservadas –los temas de seguridad nacional–, pero la regla general es que todos los debates sean públicos y que las votaciones sean públicas”.¹¹⁹ Ascencio, Presidente de la Cámara de Diputados, señaló que “[t]enemos que adecuar en forma urgente la ley orgánica para que se establezcan los procedimientos con respecto de la excepciones que ya se han señalado, cuando hay derechos de las personas involucrados, referidos a temas de seguridad nacional y otros”.¹²⁰

La tesis de Romero fue avalada por un informe de la Comisión de Constitución, señalando que a partir de agosto de 2005 todos los actos del Estado son de carácter público, con lo que ninguna rama legislativa podrá celebrar sesiones secretas o reservadas, a menos que lo establezca la ley. Desde luego que el fundamento de ese informe fue el artículo 8° de la Constitución.¹²¹ Así, se señaló que “está plenamente vigente el artículo 215 del Reglamento del Senado que entrega al Presidente de la Corporación la facultad de ‘resolver las cuestiones de interpretación o aplicación del Reglamento si, a su juicio exclusivo, tales cuestiones son claras’, agregando que “esa facultad incluye la de ‘resolver sobre la vigencia o derogación de los preceptos reglamentarios, como efecto de otras normas jurídicas de similar o superior rango’, como lo sería en este caso la Constitución.”¹²²

Andrés Zaldívar (DC) disienta de la postura de la Comisión. El entonces Senador señaló que hay materias que, por su naturaleza, deben tratarse con reserva, indicando que la sola promulgación de las reformas constitucionales no es motivo suficiente para resolver ‘en el acto’ el tema de las sesiones. Finalmente señaló ser “partidario de toda la publicidad y de toda la transparencia que sea necesaria, pero no podemos caer en la cosa simplista. La norma general es que todo sea público y que no haya nada secreto, pero hay cosas que por su naturaleza tienen que mantenerse en reserva y eso se regula a través de una ley orgánica constitucional”.¹²³ La verdad es que las razones de Zaldívar para no ceder son obvias, y las hace manifiestas: “[s]e

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Diario de noticias del Senado, 18 de octubre de 2005.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ “Zaldívar discrepa de la Comisión”, *El Mercurio*, 18 de octubre de 2005.

ha dicho que es importante que se sepa cómo los senadores votan por un supremo, pero también es válido el riesgo de que esa publicidad pueda crear un cierto compromiso”.

No obstante, existen algunas iniciativas interesantes. A propósito del fallido nombramiento de Margarita Herreros, el Senador Gazmuri (PS) señaló que junto al Senador Hernán Larraín (UDI) están impulsando una reforma reglamentaria que propone “eliminar la votación secreta para los nombramientos que el Senado por mandato constitucional debe realizar, con el fin de que estas decisiones que son muy importantes deban ser fundamentadas”. Añadió que “las votaciones secretas para designaciones que son de interés público, no son saludables en una democracia que aspira a mayor transparencia, como una norma fundamental de su funcionamiento”.¹²⁴

5. Independencia externa, ¿dependencia interna?

Hasta ahora hemos repasado el sistema de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. En general hemos identificado varias clases de problemas, en especial la existencia de tensiones entre el Presidente de la República y el Senado –cuando el primero no consulta a éste– y entre el Senado y la Corte Suprema –cuando éste cita a los postulantes a aquélla.

Una de las razones a las cuales recurre el Poder Judicial, al momento de defender sus facultades, es a la independencia judicial. Esa independencia es, en su concepto, manifestación del principio de separación de los poderes, que nuestra Constitución consagra dentro de sus primeros preceptos:

*“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.*¹²⁵

Por medio de una interpretación estrictamente literal de la norma recién citada, la Corte señala que de acuerdo a la Constitución son los tribunales de justicia los órganos facultados para conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y ejecutar-

¹²⁴ “Faltaron cinco votos para que magistrado Margarita Herreros (...)”, (cit.).

¹²⁵ Artículo 7º de la Constitución.

las.¹²⁶ No los demás órganos que, de hecho, tienen prohibición expresa de entrometerse en los asuntos que conciernen al Poder Judicial.

*“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.*¹²⁷

El Ejecutivo, por su parte, y en una frase que caracterizara Lagos y su administración, ha señalado que “nunca comentará los fallos judiciales”, dotando de mayor fuerza (y sentido) los reclamos del Poder Judicial. La separación de los poderes, en Chile, impide que las diferentes ramas del Estado puedan entrometerse en la forma en que otra de esas ramas ejerce las facultades que le ha entregado la Constitución, llevando a las autoridades al extremo de “no comentar” lo que el otro Poder hace.¹²⁸

Pese a que la Constitución señala que “la soberanía reside esencialmente en la Nación [y que] su ejercicio se realiza por el pueblo [reconociendo] como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, lo cierto es que, como hemos visto, son pocos los canales a los cuales puede recurrir la ciudadanía para ejercer soberanía y vigilar la forma en que se ejerce por los poderes. En este caso, por el Poder Judicial.

La independencia que reclama el Poder Judicial es de tal envergadura que aliena a la ciudadanía y la despoja de las posibilidades de control. En efecto, hemos visto que el Senado quiso institucionalizar la práctica de citar a los candidatos a la Corte Suprema; sin embargo, la Corte les recomendó a los jueces no asistir. También han existido cuestionamientos a la forma en que se elaboran las quinas de candidatos, a los que la Corte ha respondido que se trata de una facultad que sólo corresponde a ella y a nadie más. Al momento en que debía elegirse Presidente del máximo tribunal, revisamos cómo algunas veces cuestionaron los nombres que se proponían para ese cargo, y la Corte señaló que se trata de facultades privativas sobre las que no debe darle explicaciones a nadie.

¹²⁶ Artículo 76, inc. 1º de la Constitución.

¹²⁷ Artículo 76, inc. 2º de la Constitución.

¹²⁸ Al menos así se ha interpretado este principio por el ‘discurso jurídico’.

Su demanda ha sido una sola y persistente: autonomía financiera.¹²⁹ Pero no está dispuesta a ceder nada a cambio. Veremos que los reclamos de la Corte Suprema evidencian una serie incoherencia. Mientras reclama independencia externa, esto es, independencia de los demás poderes del Estado, ella ejerce sus facultades sancionando a jueces que la critican, creando una fuerte “dependencia” del resto de los jueces de todo el Poder Judicial a sus decisiones.¹³⁰

Los dos casos que se revisan a continuación tienen su génesis en cuestiones relativas al desempeño de los tribunales y las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas bajo Pinochet. El primero de los casos se refiere a la declaración de la Asociación Regional de Magistrados sobre la resolución de la Corte Suprema que había establecido un plazo de seis meses para cerrar las causas sobre derechos humanos, lo que significó a la postre sanciones en contra de los jueces. El segundo caso se refiere a la sanción que se impuso al juez de garantía de Coquimbo, Daniel Urrutia, por las críticas que éste realizó a la respuesta de la Corte Suprema al ‘Informe Valech’.

La Asociación de Magistrados¹³¹

El 25 de enero de 2005 la Corte Suprema emitió una resolución del Pleno de ministros en la que establecía un plazo de seis meses para cerrar las investigaciones, en causas sobre violaciones a los derechos humanos bajo el gobierno de Pinochet.¹³² La medida

¹²⁹ Ejemplos abundan y ya repasamos algunos: la creación de la Academia Judicial, la génesis de la Reforma Procesal Penal y el proyecto de Defensor del Pueblo.

¹³⁰ Y no se trata de una sujeción a sus decisiones judiciales. El sistema de precedentes no opera en Chile, pues de ese modo –señala la Corte Suprema– se asegura la “independencia” de los demás jueces.,

¹³¹ La resolución de la Corte Suprema, las reacciones a ella y el análisis en concreto, pueden consultarse en el capítulo sobre ‘Verdad y Justicia sobre las Violaciones del Pasado’.

¹³² Resolución Corte Suprema, 25 de enero de 2005, AD 647-2004. No se trata de la peor medida que se pudo tomar en su momento: “[l]os Ministros señores Tapia y Gálvez fueron de parecer de poner fin a la dedicación exclusiva de los jueces de que se trata, en atención a que el prolongado tiempo que ya ha transcurrido hace que se vea seriamente afectado el funcionamiento normal de sus tribunales, lo que torna indispensable hacer uso de las atribuciones constitucionales de carácter económico o interno de esta Corte (artículo 79 de la Constitución Política de la República), para velar por el expedito y correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales”, punto 5 de la declaración.

fue resistida por prácticamente todas las agrupaciones de derechos humanos. Sin embargo, una de las reacciones más destacadas –por su excepcionalidad– fue la de la Directiva Metropolitana de la Asociación Regional de Magistrados.

En la declaración, que fue repartida sólo entre los jueces de la Directiva Regional, señalaron que la medida era inconstitucional, además de atentar contra la independencia de los jueces.¹³³ Los jueces firmantes indicaron que la medida “atenta directamente contra la independencia interna de los jueces instructores. Independencia que también forma parte –por cierto– del concepto del debido proceso, más aún cuando dicho acuerdo, a nuestro juicio, carece de sustento legal (...) Entendemos, respetamos y cumplimos las instrucciones de nuestros superiores jerárquicos, pero no por ello dejamos de hacer presentes aquellas situaciones en que, en nuestra opinión, se afecta una garantía constitucional básica como lo es la independencia interna de los tribunales” agregando los jueces que “reafirmamos nuestro compromiso con la justicia y, por ende, con los derechos humanos, en el marco establecido por nuestra Constitución Política y Leyes de la República”.¹³⁴

La Corte Suprema, apenas conoció de esa declaración, comenzó a estudiar la imposición de sanciones a los jueces firmantes. La declaración era todavía más polémica porque la Directiva Nacional de la Asociación era concordante con el criterio de la Corte. La Corte, que suele citar las reglas constitucionales que establecen su deber-facultad jurisdiccional, ahora pasaba por sobre el mandato, ordenando el cierre de las causas, pese a esas mismas facultades-deberes a las que recurre cuando ella se ve en problemas. La Corte alega autonomía para ella, pero las condiciones al interior son bastante difíciles. Los jueces disidentes veían en esta medida el nacimiento de facultades exorbitantes de la Corte que, de ser aceptadas como normales, podrían llevarla a tomar esas medidas cuando estime que su carga de trabajo es elevada o en cualquier otro caso.¹³⁵

¹³³ “Jueces de Santiago rechazan cerrar causas de DD.HH. en seis meses”, *El Mostrador*, 2 de febrero de 2005.

¹³⁴ Las citas han sido extraídas de *El Mostrador*, diario que tuvo acceso al documento. “Jueces de Santiago rechazan cerrar causas de DD.HH. en seis meses” (cit.).

¹³⁵ Y no sería la primera oportunidad en que la Corte, a pretexto de estar atochada con causas, termina afectando derechos fundamentales. Es lo que ocurrió cuando la Corte Suprema, vía auto acordado, estableció un límite de 15 días para la interposición del recurso de protección que tutela derechos fundamentales. El detalle de esta situación en Informe Anual sobre Derechos Humanos 2004 (cit.), pp. 30-33.

Es más, permitir este tipo de resoluciones alienta la concentración indebida de poder en un tribunal que no mira con simpatía “intromisiones” ajenas, sea que éstas provengan de otros poderes, sea que éstas provengan de la propia ciudadanía. Al interior de la Asociación se señaló que “[e]ste es el peor de los Poderes Judiciales posibles, ya que la Corte Suprema concentra todos los poderes y, de aprobarse estos proyectos de Ley, será un supraorganismo con facultades jurisdiccionales, administrativas, financieras, disciplinarias, etc; sin ningún control externo y nosotros creemos que la Corte Suprema debe dedicarse a fallar”.¹³⁶

La directiva de la Asociación Metropolitana estaba compuesta por Mario Carroza E., Fiscal del tribunal de alzada, Pablo Droppelmann C., Juez del 7º Juzgado del Crimen, Ricardo Núñez V., Carolina Vásquez A. y Nora Rossatti J., Relatores de la Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte requirió esos antecedentes para analizar la declaración de la Asociación, incluyendo la misma en una sesión del pleno de la Corte. La primera medida que adoptó la Corte Suprema, luego de esa sesión del Pleno, fue la de pedir explicaciones a la Directiva Metropolitana respecto a la declaración que habían efectuado.¹³⁷ La Directiva presentó sus argumentos, señalando que la medida atentaba contra la independencia interna de los jueces, además de ser abiertamente inconstitucional. Pese a las gestiones de Diego Simpertigue (Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados) que buscaban evitar sanciones a los jueces firmantes, la Corte Suprema se amparó en disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que prohíben a los funcionarios judiciales “[p]ublicar, sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial o atacar en cualquier forma, la de otros jueces o magistrados”.¹³⁸

Una fuente de la Directiva Metropolitana indicó que la declaración nunca tuvo por objetivo atacar a los jueces de la Corte, pero que de todas formas el acuerdo del Pleno ya había logrado causar efectos: “Ahora, ninguno de nosotros [los jueces] se atreverá a hacer declaraciones que no sean consultadas previamente con el presidente”.¹³⁹ El trabajo de los jueces se ve limitado y sus

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ “Suprema se apresta a sancionar a jueces de Santiago”, *El Mostrador*, 9 de marzo de 2005.

¹³⁸ Artículo 323 número 4º. Sobre la inconstitucionalidad de este precepto, véase, Informe Anual sobre Derechos Humanos 2004 (cit.), p. 216.

¹³⁹ “Suprema se apresta a sancionar a jueces de Santiago” (cit.).

facultades para expresarse libremente restringidas en exceso. Ello es detectado por los jueces. En efecto, otra de las fuentes consultadas por El Mostrador señaló que “[s]i los dirigentes de este gremio no tienen facultades para pronunciarse sobre ningún tema que pueda afectar el trabajo jurisdiccional, mejor que hagamos un club social o de bienestar y no representemos este tipo de intereses de los asociados”.¹⁴⁰

El caso del juez Daniel Urrutia

Otro de los casos problemáticos, en tanto afecta la independencia (interna) de los jueces, fueron las sanciones que se impusieron al juez de Garantía de Coquimbo, Daniel Urrutia Laubreaux. El contexto de este episodio viene marcado por el informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, conocido como “Informe Valech”. El informe señaló que la Corte Suprema había desatendido las faltas y abusos cometidos por los tribunales militares, renunciando a su tuición sobre los consejos de guerra y llevando adelante una verdadera connivencia con los que en ese entonces detentaban el poder. El Informe generó reacciones de todos los sectores de la población, quienes en su mayoría, y con matices, asumieron sus culpas en las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre los años 1973 y 1990. La Corte Suprema lamentó los acontecimientos, pero rechazó poseer responsabilidad alguna.¹⁴¹

El juez Daniel Urrutia cursaba durante ese momento un Diplomado sobre derechos humanos en la Universidad de Chile. En el trabajo final del mismo el juez analizó el comportamiento del Poder Judicial durante la dictadura,¹⁴² concluyendo que “para un efectivo reposicionamiento moral y ético del Poder Judicial, su máxima autoridad debe reconocer en forma clara y sin justificaciones su responsabilidad por las violaciones a los derechos fundamentales”. El trabajo del juez adquirió mayor notoriedad en medio de las múltiples reacciones que seguían al “Informe Valech”, incluyendo la de la Corte Suprema que desconocía el reproche que éste le hacía. El trabajo, además, había sido enviado por el propio juez a la Corte Suprema.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Declaración de la Corte Suprema, 9 de diciembre de 2004.

¹⁴² “Propuesta de Política Pública de Introducción del Informe de Derechos Humanos en el Trabajo del Poder Judicial”.

Sin embargo sólo recibió sanciones. Primero la Corte de Apelaciones de La Serena (la que aplicó una sanción por escrito) y luego la Corte Suprema (la que, pese a rebajar la sanción, aplicó una amonestación privada). En este tipo de conflictos el juez reclama, de una parte, su libertad de expresión y académica, pues el trabajo era parte de una investigación y estudio. De otra, la Corte reclama su honor y más que eso su jerarquía en la escala del Poder Judicial que le permite reclamar de sus jueces sumisión y respeto. A fin de cuentas es la propia Corte la que concentra las facultades finales en materia de calificaciones y ascensos. El Poder Judicial, así, se estructura de forma jerarquizada, lo que en sí mismo no es reprochable, pero sí el que los jueces inferiores se vean desalentados a realizar un trabajo creativo –eso que los mismos ministros de Corte reclaman, por ejemplo, para no aplicar un sistema de precedentes– pues la Corte Suprema constantemente da estos “golpes de efecto” que se transforman en fuertes señales a sus inferiores.

La Corte Suprema reclama independencia de los demás poderes, ¿pero para hacer cualquier cosa? ¿Qué hay de la independencia interna de los jueces? Parece claro que seguir dotando a la Corte Suprema de facultades que puede ejercer discrecionalmente, lejos de alentar un buen funcionamiento del Poder Judicial da espacio a sanciones injustificadas como la que en este caso afectó al juez Daniel Urrutia. De ahí que es preciso que los *poderes* del Estado balanceen sus facultades unos con otros.

Este caso colocó al Poder Judicial en fuerte entredicho, justamente por la forma de actuar de la Corte Suprema. La Red Iberoamericana de Jueces (RIJ) emitió una declaración sobre el asunto, señalando que de acuerdo al Estatuto del Juez Iberoamericano “es obligación primordial de todos los jueces la defensa de su independencia. Este deber social multiplica la necesidad de que el ejercicio de facultades o potestades disciplinarias sobre los jueces esté rodeado de un marco de absoluta garantía”.¹⁴³ La declaración señala la ausencia de un debido proceso en la aplicación de la sanción a Urrutia. Estos hechos recordaron el reproche de la Asociación Nacional de Magistrados, la que tiempo antes había

¹⁴³ Declaración de la Red Iberoamericana de Jueces (RIJ) relativa a la sanción al Juez de Garantías chileno Daniel Urrutia Laubreaux. Por la Red Iberoamericana de Jueces, firmaron ese documento: Mario Elffman, Juez laboral, Buenos Aires, Argentina, Madelena Telesca, Juez Porto Alegre, Brasil, Sabina Arganda, Jueza, España, todos Consejeros de la RIJ.

señalado que no compartía que la Comisión Ética del Poder Judicial actúa como investigadora, juez y parte.¹⁴⁴

En lo que concierne a la independencia, la RIJ hace notar la conexión existente entre ésta y la labor creativa de los jueces, en cualquier ámbito:

“A esa responsabilidad [la de proteger los derechos fundamentales y preservar la función judicial] se la atiende en el ejercicio propio de la magistratura judicial; pero también en el espacio de creación cultural, intelectual, académico y docente en el que los jueces conjugan su magisterio judicial con su participación ciudadana en la sociedad: espacio en el que la libertad de expresión, de creación, de opinión y de cátedra debe serles debidamente asegurada”.

La RIJ termina lamentando la aplicación de sanciones al juez Urrutia, quien además es el coordinador de dicha Red en Chile. Señala que no es su función criticar los contenidos del trabajo de Urrutia, pero que sí creen “firmemente que el ejercicio de esas potestades disciplinarias, en el caso, ha afectado un valor superior, el contenido en aquellos espacios de libertad cultural, académica, de cátedra y, en síntesis, de opinión, que estimamos de rango superior a los que primaron en la decisión” en comento. La aplicación de este tipo de sanciones –añade la declaración– representa “un grave retroceso de las libertades ciudadanas, [lo] que se ve aumentado por provenir del máximo órgano encargado de salvaguardar el Derecho y la Justicia en un estado democrático”.

Otra de las declaraciones que siguió al caso fue la de la Comisión Andina de Juristas (CAJ),¹⁴⁵ la que señaló “su preocupación por la resolución de la Corte de Apelaciones de la República de Chile, de fecha 31 de marzo del 2005, mediante la cual se impone la sanción de censura por escrito al juez Daniel Urrutia Laubreaux, en razón de haber remitido a la Corte Suprema su informe académico”. Agrega que la “aplicación de la mencionada norma [artículo 323 del COT] constituye una restricción incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión al vulnerar el derecho de los jueces a comunicar sus ideas, tanto en su condición de ciudada-

¹⁴⁴ “Asociación de jueces pide cambios a la comisión de ética del Poder Judicial”, Radio Cooperativa en línea: http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20040102/pags/20040102102157.html, 2 de enero de 2004.

¹⁴⁵ Fechada el 17 de mayo de 2005, en Lima, Perú.

nos como en su calidad de funcionarios judiciales". Recuerdan que uno de los principios básicos sobre la independencia de la judicatura, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala que "al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión".

Al igual como razonaron algunos jueces al momento en que la Corte Suprema establecía un plazo de seis meses para las investigaciones judiciales en causas sobre derechos humanos, donde se señaló que aceptar la legalidad de esa medida crearía un peligro anterior para el poder de la Corte, respecto de este caso la CAJ señala que con la sanción se "sienta un peligroso precedente frente a otros magistrados, así como a la ciudadanía en general que quieran expresar sus opiniones o ideas respecto a este Poder del Estado, en tanto desalienta al juez a colaborar con la administración de justicia de su país y la participación ciudadana propia de una sociedad democrática".

La sanción aplicada a Urrutia por la Corte de Apelaciones de La Serena fue confirmada por la Corte Suprema. El pleno de la Corte señaló nuevamente que la responsabilidad de los jueces no se refiere únicamente al desempeño de sus cargos, sino también "a las demás conductas personales que se relacionan con ellos". No se reprocha, según los jueces, el que se haya remitido el trabajo ni su carácter académico, sino que "lo que se reprocha es la falta de tino, prudencia y moderación y elemental respeto y consideración que revelan tanto la pretensión de impartir instrucciones a la 'máxima autoridad de gobierno del Poder Judicial' como la circunstancia de que ese trabajo contenga una crítica velada a esta Corte Suprema".¹⁴⁶ El sentido de las palabras de la Corte muestra que no está dispuesta a aceptar críticas, ni siquiera la que emana de los propios miembros del Poder Judicial. La Corte reprocha que el juez haya enviado el trabajo a la misma, pues ello significa que "hubo la intención de representar el incumplimiento de un supuesto 'deber moral'".¹⁴⁷

De todas formas, cabe precisar que hubo seis votos de disidencia en la decisión mayoritaria de la Corte. Ellos fueron los votos de los jueces José Benquis, Jorge Rodríguez Ariztía, Enrique Cury, José Luis Pérez, Jorge Medina y Nivaldo Segura.¹⁴⁸ Los

¹⁴⁶ "Supremos acusan falta de tino a juez", *El Mercurio*, 24 de mayo de 2005.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ "Suprema confirma sanción contra juez de Coquimbo acusado de 'atacarlos'", *El Mostrador*, 19 de mayo de 2005.

jueces de la minoría señalaron que la constitución asegura a todas las personas, jueces y no jueces, la libertad de expresión. “[T]anto la materia abordada en su trabajo académico, como las conclusiones y opiniones a la que arriba, pueden parecer discutibles o polémicas para algunos analistas miembros de los tribunales superiores de justicia. Sin embargo, las situaciones fácticas que las sustentan –el pasado comportamiento de los tribunales de justicia ante las graves y reiteradas denuncias por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura que encabezó el general Pinochet están aún sujetas al juicio posterior de los historiadores (...) no corresponde que quien los interprete de una manera diferente a la efectuada por el juez señor Urrutia, se asigne la condición de dueño de la verdad”.¹⁴⁹ Agregan que “[e]l hecho de emitir aquél sus juicios y opiniones en forma reservada, dentro de un cometido encargado por la propia Corte Suprema [el juez estaba en comisión de servicio estudiando el diplomado], no resulta justo ni equitativo presumirle la intención de atacar conductas oficiales de otros jueces o magistrados, para justificar de esta manera sanciones disciplinarias destinadas a enmendar conductas inadecuadas”.¹⁵⁰

III. DEBIDO PROCESO

1) La Justicia Militar y la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Palamara

Desde hace bastante tiempo se viene llamando la atención sobre las graves insuficiencias estructurales del funcionamiento del sistema de justicia militar en Chile, que implica serias violaciones a los derechos humanos. En efecto, dicho sistema carece de imparcialidad y los principios del debido proceso, que se han implementado en Chile por medio de la reforma procesal penal, reciben escasa atención en él.¹⁵¹

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ La justicia militar fue excluida de una de las reformas más importantes que en materia judicial se ha llevado adelante en Chile: la reforma procesal penal. A mediados de 2005 esta última terminó de implementarse en el país luego de su instalación en Santiago, etapa final de su aplicación gradual. Como se ha señalado, pese a que “[h]oy ya casi ni se escuchan voces que planteen que el sistema inquisitivo, escrito, con secreto del sumario y confusión de roles entre investiga-

El sistema de justicia militar chileno posee normas sobre competencia extremadamente amplias y vagas. De esta forma, la regla general es que la mayoría de las personas que son juzgadas por estos tribunales son civiles. Además, la mayoría de esas personas son juzgadas por delitos comunes que, dadas las amplias facultades jurisdiccionales de los tribunales militares, caen bajo la competencia de éstos. Los tribunales militares cuentan con personal que ejerce funciones en las instituciones castrenses, funcionarios activos que son, a fin de cuentas, colegas de quienes deben ser juzgados o de quienes han presentado querrelas en contra de civiles.

Los gobiernos de la Concertación desde el principio de la transición en 1990 han planteado la necesidad de reformar la justicia militar. Esta reforma debería incluir dos aspectos críticos. De una parte, reducir la competencia extremadamente amplia de los juzgados militares y, de otra, adecuar el procedimiento a los estándares sobre debido proceso reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.¹⁵² Sin embargo luego de 15 años no han sido incorporadas reformas importantes en la materia, en parte por la falta de acuerdos políticos y la escasa visibilización del tema en la agenda pública. Una de las razones que puede explicar lo anterior, es que se trata de tribunales que han perdido la relativa notoriedad que alcanzaron bajo el régimen de Pinochet. Hoy en día varias de las causas sobre violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo su mando son llevadas por tribunales ordinarios y, por lo mismo, los civiles que permanecen sujetos a la justicia militar carecen de la relevancia pública que dirija la atención sobre ella.¹⁵³

Sin embargo, a fines de 2005 la justicia militar chilena entró en un “punto de inflexión” luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara una sentencia que ordena al Estado chileno la reforma de dicho sistema. Ello ocurrió en el Caso de Humberto Palamara. En su resolución, la Corte reitera principios

dor y juzgador asegura el debido proceso (...) es sorprendente que un sector importantísimo de la población siga regido por el viejo sistema”. La justicia militar excluye las mínimas garantías judiciales que la reforma procesal ha integrado a un nuevo modelo. Véase, Cox, Francisco, “Reforma a la Justicia Militar”, *Diario Siete*, 30 de diciembre de 2005.

¹⁵² Véase, Cox, Francisco, “Reforma a la Justicia Militar” (cit.).

¹⁵³ Un número importante de ellos está sujeto a la justicia militar como autores del delito de ofensas a la autoridad pública o daños a la propiedad militar. Se trata en general de personas detenidas en protestas públicas.

fundamentales del funcionamiento de los sistemas de justicia criminal en general, y de los sistemas de justicia militar en particular, convirtiéndose en un hito que debería marcar los esfuerzos de reformar seriamente la justicia castrense. Esta sentencia, de alguna forma, vuelve a situar a la justicia militar dentro de las materias cuya reforma se encuentra pendiente. Como se ha señalado, se trata de un importante hito, en tanto transforma lo que se solía presentar como un problema de derecho y de agenda interna de Chile, en una exigencia de los tratados internacionales y de los compromisos asumidos por Chile.¹⁵⁴

La sentencia. El análisis de la Corte Interamericana comienza con el establecimiento de un principio general relativo a la vigencia de los sistemas de justicia militar en países democráticos:

*“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”.*¹⁵⁵

La sentencia dictada en el Caso Palamara confirma que las críticas que por años se han venido manifestando en contra de esa justicia, estaban en lo cierto. Humberto Palamara presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en enero de 1996. Palamara, que se desempeñaba como funcionario (analista del Departamento de Inteligencia) a contrata de la Armada de Chile, había decidido publicar un libro sobre los sistemas de inteligencia y la necesidad de que éstos, en democracia, se adecuaran a ciertos estándares éticos. Como el mismo Palamara declarara en la audiencia pública ante la Corte:

*“Una de las razones que lo llevaron a escribir su libro fue ‘las violaciones a los derechos humanos, [que] en su gran mayoría [eran cometidas por ...] personal de inteligencia’. Los Estados ‘buscaban mecanismos para controlar esos servicios’, por lo que propuso en su libro ‘que la mejor forma de control [...] es el auto control’, el cual debía ‘regirse por conductas éticas’”.*¹⁵⁶

¹⁵⁴ Véase, Cox, Francisco, “Reforma a la Justicia Militar” (cit.).

¹⁵⁵ Véase, *Palamara Iribarne vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 124.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 54, letra a) punto 1.

El libro “Ética y Servicios de Inteligencia” fue censurado¹⁵⁷ y Humberto Palamara condenado por los delitos de desobediencia y desacato, en sentencias emitidas por los juzgados navales de Punta Arenas. La sentencia de la Corte Interamericana declaró que el Estado chileno había violado el derecho de Humberto Palamara a un debido proceso, toda vez que se le sometió a un procedimiento de justicia incapaz de salvaguardar sus derechos.¹⁵⁸

La primera violación que detecta la Corte es la vulneración del derecho a ser oído por un juez o tribunal competente consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”). De acuerdo a los argumentos de los representantes de Palamara éste nunca pudo entregar testimonio frente a un juez haciéndolo sólo por escrito y, cuando declaró, lo hizo siempre frente a funcionarios distintos que el juez.

También se violó el derecho a ser oído por un tribunal imparcial. Este derecho se había vulnerado por el hecho de que las normas de justicia militar poseen una definición demasiado amplia y vaga sobre quién es militar para efectos de someterse a la jurisdicción castrense. La interpretación que se realizó por los tribunales militares fue la de extender hasta tal extremo la definición de funcionario militar, que cualquier persona que posea relaciones laborales con las fuerzas armadas podría, eventualmente, estar sujeta a la jurisdicción militar. El Estado chileno señaló que Palamara ejerció como miembro de las fuerzas armadas y que su procedimiento de retiro terminó después de acaecidos los hechos que motivaron los juicios.¹⁵⁹ La Corte, reiterando que la jurisdicción militar debe ser la excepción en estados democráticos, señaló que “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”.¹⁶⁰ Por lo mismo, anota:

¹⁵⁷ Los aspectos relativos a la libertad de expresión de la sentencia se analizan en el capítulo respectivo del presente Informe.

¹⁵⁸ Además el Estado chileno fue condenado por violar los derechos a la libertad de expresión, propiedad privada, protección judicial, libertad personal y el deber general de garantizar los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Acá centramos el análisis en los puntos relativos al debido proceso.

¹⁵⁹ Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (cit.), párrafo 119, letra a).

¹⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 124.

“las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción”.¹⁶¹

Las normas de la jurisdicción militar en Chile, señaló la Corte, establecen una jurisdicción demasiado amplia, permitiendo que estos tribunales conozcan de delitos comunes, echando así por tierra el principio que la propia Corte reitera en esta sentencia: que los tribunales militares sólo conozcan de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. No de cualquier delito, como ocurre en el caso chileno. Esos delitos de los que puede conocer la justicia militar pueden ser cometidos sólo por militares y en ejercicio de las funciones que les son propias, “defensa y seguridad exterior de un Estado”.¹⁶² Es más, la Corte reprocha al Estado chileno el que no haya sido capaz de eliminar el ámbito de la jurisdicción militar, que, en caso de conservarse, “debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”.¹⁶³

Sobre la falta de independencia de los tribunales militares, debe tenerse presente además que ésta fluye de la sola estructura de

¹⁶¹ *Ibíd.*, párrafo 126. Con todo, Sergio Cea, ex fiscal General del Ejército, cree que la sentencia adolece de algunas imprecisiones en este punto. La Corte “interpreta de una forma distinta el texto de los artículos 6 y 7 del Código de Justicia Militar. En efecto, estas normas consideran como militares para los efectos del Código de Justicia Militar a aquellas personas que tienen la calidad de empleados civiles sean de planta o contrata. Además, ello es obvio, por las funciones que desempeñan y la circunstancia de que aquéllos tienen acceso a información de naturaleza secreta o reservada, que es inherente a las actividades de las Fuerzas Armadas. La sentencia además utiliza la expresión contrato y esta noción no es la correcta, ya que a la persona a contrata, como era el caso de Humberto Palamara, se le exigen los mismos derechos y obligaciones que al personal de planta, salvo lo concerniente a la carrera funcionaria. Hay un error en el sentido y alcance de esta definición en la sentencia”. “Ex fiscal del Ejército: ‘Justicia Militar no es Coherente con las normas del debido proceso’”, *El Mostrador*, 26 de diciembre de 2005.

¹⁶² Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (cit.), párrafo 132.

¹⁶³ *Ibíd.*

los mismos. Los funcionarios judiciales militares son, antes que funcionarios judiciales, militares en servicio activo. Poseen grados y se encuentran sujetos, así como todo u otro militar, a una relación de sujeción y subordinación. Así, los jueces militares no sólo deben conocer de causas en donde hay (o puede haber) colegas suyos involucrados, sino que, y quizá lo más importante para este caso, donde se defienden y definen los que se consideran principios fundantes de las instituciones militares. Un militar debe juzgar si acaso existe violación a los principios que él mismo ha jurado proteger. La Corte indicó que “[e]l juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.¹⁶⁴ En otras palabras, un tribunal no sólo debe ser imparcial, sino que debe parecerlo. Y si por algún motivo esa apariencia se ve afectada, el tribunal debe tomar las medidas necesarias para erradicar esas desconfianzas, si es preciso, dejando de conocer esa causa.

La Corte Interamericana a este respecto es categórica:

*“la estructura orgánica y composición de los tribunales militares (...) 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 fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”.*¹⁶⁵

Como si lo anterior no fuese suficiente, debe tenerse presente que en el mismo contexto chileno se trata de un procedimiento anacrónico:

“[C]omo lo reconocen casi todos los autores nacionales, los procedimientos penales militares en tiempo de paz, son análogos a los pro-

¹⁶⁴ *Ibíd.*, párrafo 147.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, párrafo 155.

*cedimientos penales inquisitivos ordinarios. Procedimiento que en Chile ha sido reformado por no ser compatible con el debido proceso garantizado en la Convención Americana”.*¹⁶⁶

En relación con el derecho a la defensa, también se argumentó por los representantes de Palamara la existencia de una violación. Ello basado en que la intervención de los acusados en los procedimientos de justicia criminal se encuentra limitada, siendo el fiscal naval quien posee el control de la investigación. Es él quien decreta las diligencias que estima necesarias para probar responsabilidades. La etapa de sumario no sólo se caracteriza por la figura dominante del fiscal, sino también por ser secreta, lo que impide que la defensa conozca los cargos que se imputan y los antecedentes de la investigación. Las posibilidades de preparar una adecuada defensa son, por lo mismo, escasas. La etapa que sigue al sumario, el plenario, supone la intervención de la defensa esta vez con conocimiento de todo lo que ya se ha investigado y con la posibilidad de contradecir las pruebas ahí acumuladas. Sin embargo, a esas alturas ya hay poco que hacer: el acusado se ve impedido de contrainterrogar a los testigos que han declarado en su contra, de aportar prueba y de controvertirla, lo propio de un juicio. El escenario es peor aún cuando el fiscal rechaza las diligencias probatorias que se proponen, como le sucedió a Humberto Palamara. Él tampoco fue informado de que tenía el derecho a no declarar contra sí mismo, debido a que –según señalaron sus abogados– “ese derecho no está contemplado en el Código de Justicia Militar. La forma en la cual se intenta cumplir dicha garantía es recurriendo al formulismo de ‘exhortar a decir la verdad al inculpado’, es decir, se cree que no se le obliga a declarar en su contra porque no se toma juramento al momento de su declaración”.¹⁶⁷

La Corte señaló respecto de estos puntos que “en las diferentes citaciones a declarar emitidas por el Fiscal no se indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración, así como tampoco se le realizaron las previsiones sobre su derecho a no declarar contra sí mismo”.¹⁶⁸ Ello –añade la Corte– hace imposible una defensa adecuada, al

¹⁶⁶ *Ibíd.*, párrafo 118, letra c) v.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, párrafo 118, letra f) i.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, párrafo 180.

tiempo que en sí se trata de violaciones a la Convención (como que no se haya informado al imputado que posee derecho a guardar silencio).

La consecuencia jurídica directa de la sentencia, además de las indemnizaciones que se adeudan a Humberto Palamara, es la obligación del Estado de Chile de reformar el sistema de justicia militar. Ello, de acuerdo a lo resuelto por la Corte, deberá hacerse dentro de un plazo razonable.

*“El Estado 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. 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”.*¹⁶⁹

Las reacciones. La sentencia generó, al menos en el plano político, efectos inmediatos. De una parte, se configuró una comisión de trabajo para la reforma de la justicia militar y, de otra, fue recibida como una oportunidad para reformar el sistema, en el caso de las Fuerzas Armadas.

Sobre el grupo de trabajo cabe señalar que éste se conformó el 9 de enero de 2006. El objetivo de este grupo es el de definir los principios y procedimientos de lo que debería ser la nueva justicia militar, y en ese sentido se procuró establecer la participación amplia de todos los sectores. Así, un representante de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas se incluyó en el grupo, a los que se suman los auditores generales y académicos. Junto a ellos, las autoridades políticas de los ministerios y subsecretarías de defensa se deberán encargar, en una primera etapa, de revisar las diferentes propuestas que existen sobre la materia.¹⁷⁰ Ello fue interpretado por algunos como una demora innecesaria pues se trata de temas que se encuentran bien estudiados. Ello podría generar

¹⁶⁹ *Ibíd.*, punto 14 de las disposiciones.

¹⁷⁰ “Se constituyó grupo de trabajo sobre reforma a la justicia militar”, *El Mostrador*, 9 de enero de 2006.

retrasos, pues será necesario buscar nuevos consensos que permitan reformar la justicia en los términos señalados por la Corte. Ésta entrega a Chile un plazo razonable para reformar su justicia militar y la respuesta del Estado es la configuración de un grupo de trabajo, lo que en la experiencia chilena indica que se trata de comisiones que suelen demorar más las cosas. A juicio del ex Fiscal General del Ejército, Sergio Cea, “no es real el plazo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es evidente que deberán hacerse las modificaciones legislativas pertinentes al Código de Justicia Militar, pero ello no sólo debe referirse a la competencia, sino que además a la organización y funcionamiento de aquélla. Lo que requiere por las materias a tratarse, quórum de aprobación propio de Ley Orgánica Constitucional”.¹⁷¹ Es decir, se requiere de consensos mayores, en tanto más alto es el quórum.

Al momento de la constitución del grupo de trabajo el entonces Ministro de Justicia, Luis Bates, señaló que “el proceso de reforma a la justicia ha logrado avances extraordinarios que permiten estar en condiciones de abordar el tema de la justicia militar, de manera de dar concordancia a todo nuestro sistema de justicia”.¹⁷² Lo cierto es que, como señalamos al comienzo, parece difícil de creer que este grupo se constituye como respuesta a una iniciativa estatal de reformar una justicia deficiente, sino que se trata más bien de una reacción a la sentencia de la Corte y a la presión de sectores de la sociedad civil que viene trabajando el tema desde antes. La sentencia y el litigio internacional detrás de ella son los factores que empujaron al Estado a comenzar a pensar en la reforma de una justicia que el paso del tiempo había dejado a la espera de que alguna circunstancia –en este caso la sentencia de la Corte– reflatara el tema.

En el caso de las Fuerzas Armadas, la sentencia fue recibida como una oportunidad para reformar el sistema. La Armada de Chile, por ejemplo, señaló que no tendría problemas en anular las sentencias de la Corte Naval que condenaron a Palamara.¹⁷³ Si ello ocurre, la propia justicia militar estaría dando muestras de respeto a las decisiones de la Corte Interamericana, algo que

¹⁷¹ “Ex fiscal del Ejército: ‘Justicia Militar no es Coherente con las normas del debido proceso’” (cit.).

¹⁷² “Se constituyó grupo de trabajo sobre reforma a la justicia militar” (cit.).

¹⁷³ “Armada no tendría problemas para cumplir fallo de justicia internacional”, *El Mostrador*, 4 de enero de 2006.

ni la Corte Suprema ha hecho en ocasiones anteriores. De todas formas no han escaseado los problemas. Respecto al disco duro del computador de Humberto Palamara, el cual fue borrado cuando una patrulla irrumpió en su hogar, la Armada señala que el texto del libro no se encontraba en él.¹⁷⁴ También se ha señalado que existen problemas para encontrar las piezas de matricería de la imprenta que editó las versiones del libro, pero que no existiría problema pues el libro se puede “tipear” de nuevo y el asunto se resuelve.¹⁷⁵ A la fecha de cierre de la edición de este informe tampoco se tenía noticia sobre los ejemplares que se encuentran incautados en las dependencias del Juzgado Naval de Magallanes.

¹⁷⁴ Los hechos probados de la causa indican que el disco duro fue borrado. De hecho la corte condenó a Chile por violación al derecho de propiedad, tal como señala en sus considerandos 108 y 109:

“La Corte observa que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y que el artículo 21.2 de la Convención establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley. Debido a las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera que es evidente que el señor Palamara Iribarne no ha sido indemnizado por el Estado por la privación del uso y goce de sus bienes”.

La Corte observa que en el peritaje solicitado por el Fiscal Naval (...) dos peritos concluyeron que el libro escrito por el señor Palamara Iribarne ‘no vulnera[ba] la reserva y la seguridad de la Armada de Chile’. Asimismo, en la ampliación de dicho peritaje los mismos peritos expresaron que el libro en análisis ‘indudablemente afect[aba] el interés institucional [de la Armada chilena]’. Las sentencias emitidas por el Juzgado Naval de Magallanes y por la Corte Marcial de la Armada, al pronunciarse sobre los delitos de desobediencia e incumplimiento de los deberes militares, no hace referencia a los intereses que fundamentaron la prohibición de la publicación del referido libro (...) La Corte estima que la privación de la propiedad con fundamento en un “interés institucional” es incompatible con la Convención” (los agregados son de la Corte).

¹⁷⁵ “Armada no tendría problemas para cumplir fallo de justicia internacional” (cit.). Antes Cea ya había manifestado su opinión en orden a la necesidad de modificar el sistema de justicia militar: “[e]l primer factor por ponderar es la adecuación de las normas jurídicas que regulan el ámbito penal castrense, a los principios que se consagran en la Constitución de 1980. En efecto, si cotejamos el Código de Justicia Militar de 1926 con la Carta Fundamental, constatamos que existen normas que son inconciliables con el principio del debido proceso”. Cea, Sergio, “Reforma procesal penal y la justicia militar”, *El Mostrador*, 8 de abril de 2005. Pese a que se trata de intenciones de modificación más conservadoras que las ordenadas por la Corte, se trataba de un aliado con el cual se podía contar al momento de trabajar en el grupo de reforma; sin embargo, a mediados de 2005 fue llamado a retiro.

Sergio Cea también se refirió a la sentencia, señalando que “el ordenamiento jurídico penal castrense en Chile tiene que ajustarse a los parámetros internacionales como también, a la Carta Fundamental. Se requiere modificar la organización y funcionamiento de los tribunales militares; adecuar, eliminar y agregar tipos penales, en determinados ámbitos, como por ejemplo en materia de crímenes de guerra, en normas relacionadas con Derecho Internacional Humanitario,” agregando que más que una opción se trata de una obligación, ya que “debe efectuarse una reforma integral a la justicia militar, porque si no se realiza, eventualmente, podríamos tener sentencias con los mismos contenidos generales a que se ha referido el fallo que usted me ha mencionado, que nos ordena dejar sin efecto la sentencia judicial, y eso se podría repetir en otras oportunidades”.¹⁷⁶

Con todo, está por verse de qué forma el Gobierno de Michelle Bachelet tomará la tarea que queda pendiente. Tal como señaló Francisco Cox, abogado de Humberto Palamara, esta “sentencia de la Corte Internacional es igual como si la Organización Mundial de Comercio le impusiese a Chile bajar aranceles”. En un caso tal la respuesta del Estado no sería, seguro, la de formar comisiones.

2) Los abogados integrantes

En el Informe Anual anterior se analizó brevemente la institución de los abogados integrantes. En esa oportunidad se sostuvo que se trataba de una figura que atentaba contra los estándares del debido proceso, toda vez que abogados ajenos al poder judicial eran designados para integrar salas de las cortes y resolver causas. El problema se presenta desde el punto de vista de la imparcialidad con la que deben operar los jueces, pues se trata de abogados que, junto con atender sus causas personales dedican parte de su tiempo a resolver como jueces.

Los conflictos de intereses que se puede suscitar resolviendo como jueces son evidentes, toda vez que estos abogados, al tiempo que integran las salas de corte, siguen tramitando sus causas como abogados particulares. Patrocinan causas como abogados y cambian de rol cuando son llamados a integrar algunas de las

¹⁷⁶ “Ex fiscal del Ejército: ‘Justicia Militar no es Coherente con las normas del debido proceso’” (cit.).

salas que requiere de ellos para sesionar. Una situación similar ocurre con los abogados que son designados al cargo de ministros del Tribunal Constitucional, los que mantienen su ejercicio particular.

Un grupo de parlamentarios presentó una moción para regular la situación de los abogados integrantes,¹⁷⁷ mientras que el Ministerio de Justicia (MINJU) se hizo presente en ese proyecto por medio de una indicación sustitutiva.¹⁷⁸ Todo esto se ha realizado con el ánimo de regular la situación de los abogados integrantes pero que, en lo medular, mantiene la situación.¹⁷⁹ Con todo, y como veremos, lo cierto es que existen señales divergentes al respecto. Mientras el MINJU impulsa el proyecto de ley, algunos parlamentarios se oponen a que persista la institución de los abogados integrantes y, a comienzos de 2006, ya se planteó derechamente la eliminación de ellos.

Tal como se señala en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,¹⁸⁰ que se emitió sobre el proyecto de ley presentado, la idea matriz del proyecto es la de garantizar y mejorar los grados de independencia, imparcialidad y responsabilidad de la función judicial de quienes ejercen como abogados integrantes en los Tribunales Superiores de Justicia. De acuerdo al Código Orgánico de Tribunales, los abogados integrantes son una institución que permitirá que los tribunales sigan cumpliendo con sus funciones, a pesar de que alguno de sus jueces titulares se ausente o encuentre inhabilitado.¹⁸¹ Su voto en la decisión de una causa tiene el mismo valor que el de un juez titular (de carrera) por lo que resulta particularmente grave que “la circunstancia de que estos profesionales ejerzan sin límites su profesión de abogado, patrocinen causas, representen en juicio o asesoren a clientes en asuntos que pueden llegar a ser de competencia y conocimiento de la Corte Suprema o de la Corte de Apelaciones que integran, debilita el prestigio de la judicatura ante la sociedad”.¹⁸²

¹⁷⁷ Moción Diputada Marcela Cubillos y Diputados Víctor Pérez, Marcelo Forni, Rodrigo Álvarez e Iván Moreira (Boletín 2.950-07), Cámara de Diputados. De 19 de enero de 2005.

¹⁷⁹ El proyecto fue despachado por la Cámara de Diputados en julio de 2005 y entendiéndose a principios de agosto ingreso al Senado para el 2° trámite constitucional.

¹⁸⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que Establece un sistema de Regulación sobre Abogados Integrantes de Cortes de Apelaciones y Otros, Boletín N° 2.950-07, 8 de junio de 2005.

¹⁸¹ Artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁸² Informe de la Comisión de Constitución (cit.), p. 2.

No habría problemas, en principio, para que un abogado integrante pueda resolver causas que digan relación con materias o con clientes que, en su tiempo de abogado, trabaja o asesora, respectivamente. ¿Qué ocurre, por ejemplo, si un abogado integrante está interesado en que una determinada interpretación de una norma se afiance en alguna Corte, porque él patrocina una causa sobre el mismo punto? Este tipo de situaciones, nada de ajenas a la realidad, puede afectar la imparcialidad del abogado integrante que es llamado a resolver. Pero la institución afecta además la independencia de los jueces. Como apunta el Informe de la Comisión, “un abogado integrante de un tribunal superior [se encuentra] facultado por ley para enmendar la decisión de un tribunal inferior, para impartirle órdenes e incluso amonestarle”, por lo que es problemático que “tenga abierta la vía de patrocinar y representar en juicio a sus clientes ante esos mismos tribunales inferiores, toda vez que es siempre posible la disfunción judicial por temor reverencial”.¹⁸³ Es decir, el que aparece ante un tribunal inferior como abogado, al día siguiente se ubica sobre ese tribunal pudiendo cambiar sus decisiones e incluso amonestarlos. Todo ello hace que la ciudadanía tenga legítimas dudas, primero, cuando el abogado de su contraparte es un abogado integrante y, segundo, cuando uno de estos abogados debe resolver su causa. Todos estos antecedentes hacen que, en la práctica, este grupo de abogados (los integrantes) sean más cotizados que los que no lo son.¹⁸⁴ No sólo se paga más alto por su experticia, sino que se paga más alto por la innegable influencia que ellos pueden tener (ya sea afianzando una interpretación a la que se recurre o generando ese ‘temor reverencial’ en los tribunales inferiores). En ese contexto, la contienda es desigual. Y ello trae consecuencias para quienes pueden pagar un abogado caro (el integrante) y para quienes no.

Desde luego que no se trata de desconfiar de la probidad de las personas, pero ello no basta en un sistema judicial democrático.¹⁸⁵ Así, por ejemplo, el Presidente del Colegio de Abogados de Valparaíso A.G., René Moreno Monroy, en su intervención, señá-

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁸⁵ En general los abogados integrantes que son cuestionados suelen recurrir a este tipo de razones, como el señalar que nunca harán mal o que nunca ocuparán su cargo para fines indebidos. Veremos cómo ha ocurrido ello a propósito del proyecto en comento.

ló que “muchas de las críticas que se hacen al sistema radican en una equivocada visión de la justicia pues, las regulaciones que propone la moción suponen de antemano una marcada interacción entre el abogado litigante y el abogado integrante de una Corte lo cual, puede darse en lugares o localidades pequeñas pero no en las grandes ciudades”.¹⁸⁶ René Abeliuk, un conocido abogado integrante de la Corte Suprema y profesor de derecho, por su parte, estima que la posibilidad de que un abogado integrante litigue ante un tribunal inferior, al cual luego puede aplicar medidas disciplinarias, no debe mirarse con desconfianza. “A mí me ha tocado vivir esta situación, (...) [l]os ministros hoy por hoy –no puedo hablar del pasado– son absolutamente independientes y nadie los influencia. Entonces verdaderamente aquí hay una campaña de perdedores que han perdido todos los juicios o están descontentos con algún fallo”.¹⁸⁷

En un estado de derecho son las leyes las que fijan las reglas y pautas conforme a las cuales, por ejemplo, se resolverán los conflictos, y no las personas que ejercen esos cargos. A la ciudadanía no le basta sólo con confiar en quienes ejercen los cargos públicos, sino que es preciso rodear esos puestos de reglas que entreguen a las personas la sensación de tranquilidad. Así, por ejemplo, existen normas sobre declaración de patrimonio, de intereses, de acceso a la información y una serie de figuras penales que sancionan el mal uso de un cargo público. Por lo demás, no se entiende por qué los jueces deberían quedar al margen de esta regulación. Ellos gozan de un tremendo poder, como lo es resolver los conflictos en una sociedad, y son los que menos legitimados se encuentran desde el punto de vista popular. Abeliuk insiste en este punto: “Le mentiría si he visto una sola cosa incorrecta, desde el punto de vista reprochable o desde el punto de vista ético, mientras he estado integrando y al mismo tiempo ejerciendo la profesión (...) en el minuto en que uno tiene que resolver, lo que importa es el expediente, y en el juicio oral, la grabación, sólo es eso lo que sirve, lo que se probó. Luego las ideas que uno tiene hay que guardarlas, incluso no estoy de acuerdo con muchos fallos dictados, y sólo hago el voto discrepante”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Informe de la Comisión de Constitución (cit.), p. 7.

¹⁸⁷ “Los abogados integrantes sólo tienen un problema de imagen”, La Semana Jurídica N° 266, semana del 12 al 18 de diciembre de 2005.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 4.

Sin embargo el Informe de la Comisión de Constitución hace bien en reparar en ese punto. El problema es que es la institución de los abogados integrantes como un todo, la que pugna con los principios de un debido proceso, no el que se les regule más o mejor. Y uno de los mismos redactores del proyecto de ley lo reconoce al señalar que “lo ideal sería eliminar la institución de los abogados integrantes pues la función jurisdiccional debe ser ejercida por los jueces, miembros permanentes del Poder Judicial. Sin embargo, consciente que ello necesita la presentación de una iniciativa legal por parte del Presidente de la República, que no se visualiza por el momento, se hace necesario modificar la normativa actual, de tal manera que se permita ejercer esta función pública en forma más transparente”.¹⁸⁹

Uno de los principales aspectos en los que el proyecto descansa es en el establecimiento de causales de inhabilidad para el ejercicio del cargo de los abogados integrantes. Como hemos dicho, hasta ahora el abogado integrante puede aparecer en las cortes actuando como abogado particular o como integrante. En España, Argentina y Colombia los abogados integrantes –con diferentes nombres– están sujetos a las mismas incompatibilidades que los demás jueces.¹⁹⁰ Enseguida, el proyecto busca reducir el número de abogados integrantes en las cortes y establece un sistema de concurso público para quienes postulan al cargo. Respecto a la duración en el cargo el proyecto extiende a cinco años la duración en el cargo, pero con la exigencia de dedicarse preferentemente a él. Actualmente los abogados integrantes duran un año en las Cortes de Apelaciones y tres años en la Corte Suprema. Además no existen exigencias de dedicación, como hemos venido señalando. Éstas se consagran ahora, quedando prohibido el ejercicio profesional para quienes sean aceptados como integrantes. Por lo mismo se reformulan las causales para solicitar la inhabilidad de alguno de estos abogados. Finalmente se aumentan sus remuneraciones, se les extiende el sistema de calificaciones y se les hace obligatoria la declaración de intereses que deben realizar los demás jueces de Tribunales Superiores.¹⁹¹

Desde luego que de todos los aspectos que regula la iniciativa, el más problemático, por el debate que ha generado, es el

¹⁸⁹ Diputado Víctor Pérez, Informe de la Comisión de Constitución (cit.), p. 5.

¹⁹⁰ Informe de la Comisión de Constitución (cit.), p. 4.

¹⁹¹ *Ibíd.*, pp. 6-7. Sobre la declaración patrimonial y de intereses, véase el capítulo sobre Acceso a la Información, en este mismo informe.

nuevo sistema de inhabilidades. René Moreno M., Presidente del Colegio de Abogados de Valparaíso, y a quien citamos antes, “estima demasiado severas las inhabilidades propuestas en la moción, atendido que –en realidad– impiden patrocinar y representar en juicio o en asuntos de jurisdicción voluntaria, y terminan por prohibir la participación en arbitrajes puesto que las causas sometidas a ese sistema pueden, por cualquier vía, llegar a la Corte de Apelaciones respectiva. Además, si bien se impide ejercer en tribunales del territorio jurisdiccional de la Corte que integra, ello se transforma en imposibilidad absoluta de ejercer profesionalmente en otro territorio, si se exige tener residencia en el lugar donde funciona la Corte respectiva”.¹⁹² Algunos diputados también manifestaron su inquietud en ese sentido, señalando su “preocupación en relación a la circunstancia de que se limita el ejercicio de la profesión de abogado en el ámbito judicial, y en ciertos casos se prohíbe, lo cual podría conducir al desinterés por postular como abogado integrante de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que produciría –a su vez– tardanza en la resolución de las causas, atendida la dificultad para integrar las Salas respectivas por ausencia de ministros titulares”.¹⁹³

René Abeliuk, a quien ya citamos, cree que los abogados integrantes “sólo poseen un problema de imagen”.¹⁹⁴ Insiste –junto a los diputados– en que se trata de una institución que encuentra su fundamento en la alta carga de trabajo del Poder Judicial el cual, sin ellos, vería cómo su trabajo se atrasa día a día. En sus palabras el proyecto representa el “desconocimiento de la gente que no sabe cómo funcionan los tribunales, y opinan porque tienen la ambición de controlar el Poder Judicial”.¹⁹⁵ Para él bastaría con que el abogado no actuara dentro del tribunal que integra. La regulación, opina Abeliuk, corre el riesgo de hacer desaparecer los abogados integrantes. Es que lo cierto es que pocos estarán de acuerdo con las recientes modificaciones. Su posición privilegiada en el mercado desaparece, desde que no podrán tomar parte en él, pero lo cierto es que se trata de una circunstancia que no se compara con el tremendo beneficio que traerá a la independencia del tribunal, la que mejoraría aún más sin estos abogados.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 7.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁹⁴ “Los abogados integrantes sólo tienen un problema de imagen” (cit.).

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 4.

Abeliuk estima que este proyecto es fruto de la investigación poco profunda que realizan los medios de prensa y que informan los votos de los abogados integrantes, pues “hubo un sector de la prensa y ciertos abogados (...) que promovieron la iniciativa de, primero, eliminar a los abogados integrantes, y ahora, regularla al punto de, casi, hacerlos desaparecer”.¹⁹⁶

Sobre este particular, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial”.¹⁹⁷ En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho al juez natural, lo que se traduce en “dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley”.¹⁹⁸ Sobre la independencia, la Corte Interamericana ha dicho que ésta “supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”,¹⁹⁹ estándares que en el caso de los abogados integrantes no se cumplen. El procedimiento de nombramiento descansa en la sola voluntad de la Corte Suprema que elabora las listas, duran períodos breves en sus cargos y las presiones externas se resumen en la práctica profesional que realizan a la par con su rol de integradores de la Corte.

De acuerdo al estándar internacional en materia de debido proceso, entonces, se justifica la facultad que actualmente asiste a los abogados de inhabilitar al abogado integrante. Cuando los abogados deben presentar sus alegatos en la Corte y la Sala respectiva está integrada por un abogado, las partes pueden inhabilitar a ese integrante pues le asiste el derecho de que su caso sea resuelto por un juez natural, por un tribunal independiente e imparcial. Para inhabilitar a ese abogado no es necesario expre-

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de enero de 2001, párrafo 77.

¹⁹⁸ Véase, Huerta, Luis (con la colaboración de Aguilar, Luis), *El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención americana sobre Derechos Humanos)*, Comisión Andina de Juristas, 26 de marzo de 2001, Lima.

¹⁹⁹ Caso Tribunal Constitucional, sentencia 31 de enero de 2001, párrafo 75.

sar razón alguna. Abeliuk estima que el sistema debe modificarse en ese punto, obligando a los abogados a expresar las razones para recusar al integrante. Es decir, Abeliuk va en la línea totalmente opuesta a la del proyecto. Mientras éste extiende las causales de inhabilidad de los jueces a los abogados integrantes, Abeliuk quiere que se haga más difícil su recusación.

En lo concreto, el proyecto establece que “los abogados que podrán postular son todos aquellos que ejerzan su profesión pero que no litiguen ante los tribunales de justicia que están bajo el territorio jurisdiccional de la respectiva Corte de Apelaciones que integra o respecto de todos, si integra la Corte Suprema”. Ello no deja fuera el ejercicio de otras funciones, pues podrán ser “académicos de tiempo completo, abogados que ejerzan en determinados servicios, con prohibición de litigar, abogados jubilados y abogados con ejercicio libre de la profesión dedicados a asesorías u otros, que no implique patrocinar litigios judiciales”.²⁰⁰

A comienzos de 2006 se conocieron dos nuevas señales sobre los abogados integrantes. La primera, es que el proyecto se encontraba, a principios de 2006, en condiciones de ser analizado y votado por el Senado.²⁰¹ La segunda, es que comenzaron a alzarse las primeras voces que muestran un descontento con la institución de los abogados integrantes, las cuales no piden regularla, sino terminar con ella. Así, se informó que los jefes de las bancadas de la Concertación impulsarían un proyecto de ley para poner fin a la institución de los abogados integrantes, para lo cual se pediría el apoyo de la Presidenta electa Michelle Bachelet.²⁰²

La razón central de la iniciativa, no obstante, se vincula a una vieja práctica. Por medio de la figura de los abogados integrantes, ex miembros del Poder Judicial se incorporan de nuevo a las cortes, manteniendo su influencia en ellas. A comienzos de 2006 se conoció la lista de abogados que sería presentada al Presidente Lagos, de la que deberá elegir 12 nombres que se integrarán a la Corte Suprema por el período 2006-2009. El punto de inflexión para la Concertación fue la inclusión, en esa lista, de jueces y ex ministros del régimen de Pinochet.²⁰³ El diputado Enrique Accorsi

²⁰⁰ Informe de la Comisión de Constitución (cit.), p. 8.

²⁰¹ “Senado votará proyecto que disminuye número de abogados integrantes”, *El Mostrador*, 10 de enero de 2006.

²⁰² “Impulsan proyecto para acabar con abogados integrantes”, *La Nación*, 27 de enero de 2006.

²⁰³ *Ibid.*

señaló que “la justicia en general no tiene buena evaluación y todo esto atenta en contra de la imagen del Poder Judicial. Personas como éstas que tienen una historia detrás suyo, no pueden acceder al Poder Judicial, pretendiendo torcerle la nariz a la ley”.²⁰⁴ Juan Bustos, por su parte, indicó que “esto no le hace bien al prestigio del Poder Judicial, porque se trata de ex ministros de la dictadura que formaron parte de un régimen que sistemáticamente violó los derechos humanos [mientras que los jueces que quieren volver a entrar a ejercer] son personas ya jubiladas del Poder Judicial, porque cumplieron 75 años de edad y recibieron una buena indemnización”.²⁰⁵ El proyecto, dicho sea de paso, establece los 75 años como límite a los abogados integrantes. Abeliuk, con todo, disiente del punto al indicar que “[c]on esto, eliminan a todos los ministros que jubilaron y que están en perfectas condiciones”.²⁰⁶

El debate sobre la necesidad de los abogados integrantes también llegó al Senado. El Senador José Viera Gallo señaló que “[e]s bastante importante lo que puedan aportar personas que vienen de la cátedra o del ejercicio profesional. Lo esencial es que no haya una connivencia de intereses entre el abogado integrante y el estudio al cual eventualmente él pertenece. Y este proyecto que regula a los abogados integrantes, si bien no es perfecto, avanza mucho en esa materia”.²⁰⁷ Sergio Fernández, por su parte, señaló que las razones que justifican su existencia son evidentes (ausencias de ministros por salud, comisiones de servicio u otras razones), pero que no debería tratarse de una institución permanente. “Desgraciadamente, en nuestra institucionalidad judicial se ha consolidado la existencia y en realidad pasan a ser, en el fondo, Ministros, sea de la Corte de Apelaciones, sea de la Corte Suprema, casi en forma permanente, y nosotros vemos que hay abogados que integran permanentemente la Sala, con lo cual son en los hechos Ministros, sin cumplir con los requisitos que se exigen para ejercer como magistrado”.²⁰⁸ Y esa práctica es la que afecta el sistema de adjudicación en Chile. Insiste, por ello, en

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ “Los abogados integrantes sólo tienen un problema de imagen” (cit.), pp. 4-5.

²⁰⁷ Véase, Viera Gallo, José, *El aporte de los abogados integrantes*, Departamento de Prensa, Cámara del Senado, Valparaíso, 20 de enero de 2006.

²⁰⁸ Véase, Fernández, Sergio, *Una situación excepcional*, Departamento de Prensa, Cámara del Senado, Valparaíso, 20 de enero de 2006.

que “debemos tener especial cuidado en esto, que debiera ser una institución excepcional, y no algo normal para sustituir la falta de ministros titulares”, pues al final del día ocurre que esos abogados integran con tal naturalidad las salas de las cortes que terminan siendo “ministros de la Corte que no han sido nombrados ni han tenido la carrera judicial ni tampoco han cumplido los requisitos para ser nombrados, ni han sido ratificados por los dos tercios del Senado. Estas personas no cumplen con esos requisitos y cumplen virtualmente las mismas funciones. De tal manera que me parece que, en general, nosotros debiéramos ver en los abogados integrantes una institución excepcional para casos de emergencia en que los jueces no pueden asistir por distintas razones. Pero la fórmula permanente debiera ser aumentar el número de jueces o que existiera una forma de subrogación de los jueces por integrantes del Poder Judicial y no por estas personas que, en general, son muy respetables y cumplen una buena labor”.²⁰⁹

Finalmente, a comienzos de 2006 el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago (para el período 2006-2009), Carlos Escobar, señaló que “respeto mucho a los abogados integrantes pero, personalmente, y eso lo aclaro, personalmente, soy partidario de que sean los mismos jueces del Poder Judicial quienes, exclusivamente, cumplan esa función”.²¹⁰ Esta opinión se suma a las diferentes perspectivas que existen sobre el tema, pero sin impedir que el proyecto siga los trámites de aprobación en el Congreso. Agregó que es partidario de otros sistemas, para lo cual propuso que “se podría entrar a buscar una fórmula, pero esa función la deben cumplir los mismos jueces, vale decir, que sea un staff de los mismos jueces quienes reemplacen a los ministros titulares de la Corte de Apelaciones cuando faltan, a los que se pueden integrar, por ejemplo, relatores y secretarios de corte”.²¹¹ Las declaraciones de Escobar fueron seguidas de las opiniones del ex Ministro de Justicia, José Antonio Gómez, quien señaló que era partidario de una nueva forma de institución, los jueces integrantes. “Yo generaría un mayor número de jueces con obligaciones precisas de su trabajo, que tengan la función específica de integrar las salas de las cortes junto a los ministros titulares. Que

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ “Presidente de Corte de Santiago se opone a abogados integrantes”, *La Nación*, 1 de febrero de 2006.

²¹¹ *Ibíd.*

sean capaces de ayudar a ir resolviendo rápidamente lo que hoy está atrasado por más de cuatro años”.²¹²

Por sus características y modo de funcionamiento, la institución de los abogados integrantes –de la manera en que se halla regulada en Chile– implica una transgresión de principios de debido proceso a los cuales nuestro país se encuentra internacionalmente comprometido. En especial, la referida institución vulnera estándares básicos de independencia e imparcialidad. De allí que la solución más coherente consista en la derogación de dicha institución.

IV. REFORMAS A LA JUSTICIA LABORAL

Las reformas en materia de derecho del trabajo no dejan tranquilo a nadie. Mientras los sectores ligados a las empresas reclaman por lo que consideran una excesiva regulación del mercado laboral –lo que acarrearía en su concepto mayor desempleo y aumento de los costos–, los trabajadores protestan por la “mano blanda” estatal y lo permisivo de la regulación.

Uno de los puntos en los que este debate se ha replicado, es en las modificaciones a la justicia laboral. En general, dos son los grandes problemas de ésta. De una parte, los juzgados del trabajo se encuentran atochados de causas de cobro de montos adeudados por el empleador al trabajador, en particular por las sumas relativas a descuentos previsionales que, debiendo ser retenidas e integradas en las administradoras de pensiones, fueron retenidas y nunca pagadas a las instituciones de seguridad social. De otra parte, los juzgados del trabajo se han convertido en una suerte de cementerio de sentencias favorables, donde los trabajadores que logran sortear todos los escollos que establece el sistema²¹³ no pueden realizar –materialmente– los contenidos de las declaraciones de un tribunal. Los tribunales, así, se encuentran atochados de causas de cobro de honorarios y de ejecución de sentencias.

El proyecto de reforma a la justicia laboral intenta imitar los principios que inspiraron la reforma a la justicia criminal, en términos de hacerla más pública, rápida y eficaz, implantando en ella la oralidad.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ Informe DDHH 2004 (Hechos de 2003).

1. El proyecto

Como señaláramos en el Informe Anual anterior, la justicia laboral se encuentra en un punto de inflexión. Los procedimientos son demasiado lentos y las posibilidades de éxito en ellos, a pesar de todo lo que se indica, son bastante bajas. Así, los juicios laborales en primera instancia en Santiago tienen una duración promedio de 507 días, mientras que en regiones la primera instancia alcanza un promedio de 230 días. Entre 1994 y 1998, cifras que se mantienen más o menos constantes, del total de las causas ingresadas a la justicia laboral (148.992 para ese período) 24% de ellas acabaron en una sentencia. Un 15% fueron resueltas vía avenimiento, en un 0,8% de los casos el tribunal se declaró incompetente y en el 60% las causas fueron –y permanecen– archivadas.²¹⁴

Ese escaso 24% de sentencias, que ya han sido tramitadas por largo tiempo, en la mayoría de los casos no encuentran solución pues varios de los demandados desaparecen, sus negocios cierran y la ejecución de las sentencias se hace, si no imposible, muy difícil. Los tribunales, como se ve, archivan la mayoría de las causas. La justicia laboral, cuyos tribunales especializados a mediados de 2005 no eran más que 20 en el país, no dedica la mayor parte de su escaso tiempo, personal y recursos a conocer de estas causas; sino que lo hace al cobro de cotizaciones previsionales que consume más del 80% de su trabajo.

Como se indica en el Capítulo de este Informe relativo al Sistema Previsional chileno, parte importante de la deuda del sistema para con sus beneficiarios es que varios de ellos son objeto de retenciones por parte de sus empleadores que luego no enteran esos dineros en las instituciones previsionales. El empleador realiza el descuento, el trabajador recibe menos dinero como remuneración bajo la promesa que la parte que no se le ha entregado irá a engrosar su cuenta de ahorro individual. Nada de eso ocurre. Esa deuda alcanza los 441.774 millones de pesos, dineros que deberían estar en las cuentas de los cotizantes y cuyo cobro está pendiente.²¹⁵

²¹⁴ Estas cifras en: www.paritarios.cl/actualidad_reforma_justicia_laboral.htm (2 de septiembre de 2005).

²¹⁵ Véase, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 17.322, el Código del Trabajo y el D.L. N° 3.500, de 1980, Mensaje N° 2-350, Santiago 22 de septiembre de 2003, p. 4.

El estado de la justicia laboral era desastroso y eso llevó al Gobierno a plantear una reforma que, aprobada en 2005, busca cumplir con dos objetivos: primero, pretende modernizar el sistema de justicia laboral, en la línea de las modificaciones efectuadas al sistema de justicia criminal. Segundo, pretende establecer un sistema eficiente de cobro de cotizaciones adeudadas.

El nuevo sistema de justicia laboral introduce el sistema de audiencias orales, con el objeto de lograr mayor transparencia y celeridad en la resolución de estas causas. Para ello se crearon 35 nuevos tribunales del trabajo, que se suman a los 9 tribunales de cobranza judicial que, por sí solos, aumentan en un 75% la capacidad de respuesta del sistema.²¹⁶ De acuerdo a las palabras del entonces Ministro de Justicia, Luis Bates, hoy en día se cuenta con los recursos suficientes para realizar estas modificaciones al sistema judicial chileno que se suman a las reformas en materia de justicia criminal y de familia.²¹⁷ Este punto, con todo, es puesto en duda por la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), la que, analizando los gastos en que se incurrió en la modernización de la justicia del crimen y de familia, muestra que los recursos destinados a la justicia laboral son bastante menores en comparación a los casos antes citados. Mientras la justicia del crimen significó una inversión cercana a los 341.000 millones de pesos, y la de la justicia de la familia 40.000 millones de pesos, esta reforma laboral superaría apenas los 12.000 millones.²¹⁸

El nuevo procedimiento, cuya ley fue publicada a comienzos de 2006,²¹⁹ establece un sistema de audiencias orales, reconociendo los principios de publicidad, concentración e impulso de oficio.²²⁰ Una de las primeras innovaciones importantes, es que se establece la obligación de que todas las actuaciones se realizarán ante el juez, quien no podrá delegar sus funciones.²²¹ En el siste-

²¹⁶ L. 20.022 (D. Of. 30.05.2005).

²¹⁷ Bates, Luis, "Modernización de la Justicia", *El Mercurio*, 16 de enero de 2006.

²¹⁸ Véase, "Proyecto de Ley que Sustituye el Procedimiento Laboral", Observaciones de la CPC, presentado en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, 4 de julio de 2005, p. 13.

²¹⁹ L. 20.087 (D. Of. 03.01.2006).

²²⁰ Esto quiere decir que es el juez quien tiene la carga de mantener en movimiento una causa laboral, de suerte que no puede reclamarse el abandono de la misma, razón por la cual varias de las causas eran archivadas. La lentitud del sistema hacía claudicar a varios de los demandantes quienes, en vez de esperar cerca de dos años, abandonaban sus causas.

²²¹ Artículo 427.

ma laboral antiguo, parte importante de las gestiones descansaba en los actuarios que se encargaban de llevar adelante comparendos y varias otras actuaciones. El impulso de la causa descansará en lo sucesivo en el tribunal, el que “una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes”.²²²

Bajo el nuevo sistema, el juez no sólo puede decretar pruebas aun cuando éstas no hayan sido solicitadas por las partes, sino que además “corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento”.²²³ Se busca adoptar todas las medidas tendientes a evitar que el trabajador, principal demandante en estas causas, pierda la posibilidad de reclamar por sus derechos por una inadecuada defensa o por cuestiones meramente formales. En la demanda, además de consignarse los datos que típicamente requiere (nombres, direcciones, hechos y derechos violados) pueden proponerse de inmediato las pruebas que se estimen necesarias.²²⁴ No será necesario esperar la contestación del demandado ni el auto que fija los puntos de prueba, etapas que típicamente son utilizadas para atrasar el desarrollo de los juicios. El tribunal deberá fijar una audiencia preparatoria, dentro de los 30 días siguientes a la resolución que se emite sobre la demanda.²²⁵ El demandado, por su parte, podrá contestar la demanda oralmente en esa audiencia, o por escrito si lo hace antes. Todas las excepciones del demandado deben oponerse en esa audiencia, para evitar dilaciones. En esa misma audiencia el juez fijará los hechos a probar y el demandado deberá ofrecer las pruebas para probar sus argumentos.²²⁶ Enseguida se fijarán las audiencias en las que se recibirán las pruebas y el juez dictará sentencia al término de la audiencia de juicio o a más tardar dentro de 15 días. Días más o menos, un (nuevo) juicio laboral no debería extenderse por más de dos meses.

Finalmente, se limita la posibilidad de interponer recursos en contra de la sentencia. Pese a que en un comienzo se había erra-

²²² Artículo 429.

²²³ *Ibíd.*, inc. 2°.

²²⁴ Artículo 446, inc. 2°.

²²⁵ Artículo 451, inc. 1°.

²²⁶ Lo mismo deberá hacer el demandante, si no las ha ofrecido –teniendo la posibilidad, como dijimos– en la demanda.

dicado la posibilidad del recurso de apelación, estableciéndose sólo un recurso de nulidad, la presión del sector empresarial sobre ese punto hizo que el Congreso echara pie atrás y lo contemplara, aunque con causales acotadas.²²⁷

El procedimiento, además, incorpora un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores para el caso que estos derechos sean afectados con motivo de la relación laboral. En este punto es preciso citar la norma que es bastante clara al respecto:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero [derecho a la vida e integridad física y psíquica], siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4° [derecho a la vida privada de la persona y su familia], 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero [libertad de culto], 12°, inciso primero [libertad de expresión], y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

*También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.*²²⁸

Este nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales busca que el juez pueda pronunciarse sobre estas violaciones

²²⁷ El artículo 447 señala que “el recurso de apelación laboral sólo podrá tener por objeto:

- a) Revisar la sentencia de primera instancia, cuando ésta haya sido dictada con infracción de garantías constitucionales, o de normas legales que influyan sustancialmente en lo dispositivo del fallo.
- b) Revisar los hechos declarados como probados por el tribunal de primera instancia, cuando se advierta que en su determinación se han infringido, en forma manifiesta, las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.
- c) Alterar la calificación jurídica de los hechos, sin alterar las conclusiones fácticas del tribunal inferior”.

²²⁸ Artículo 485.

que, las más de las veces, quedan impunes. En este caso se le entrega un rol fundamental a la Inspección del Trabajo, la que deberá emitir un informe sobre los hechos. Este será suficiente para resolver el caso, si así lo estima adecuado el tribunal. Está por verse la forma en que los tribunales resolverán este tipo de casos y cuánta importancia asignarán al informe que emita la Inspección. No es un asunto menor pues se trata de materias cuya resolución la Constitución entrega a los tribunales de justicia, y la excesiva carga de trabajo de los juzgados del trabajo podría llevar a que éstos descansen sólo en un informe que emana de un ente administrativo. Ese mismo informe podría servir de incentivo para que el juez deje de adoptar otras medidas destinadas a aclarar si acaso existe una violación de derechos fundamentales o no.

De acogerse las denuncias sobre estas violaciones, el juez podrá ordenar el pago de indemnizaciones. En el caso de discriminación arbitraria grave (como señala la ley), el trabajador podrá optar por la reincorporación al trabajo o por una indemnización. Cabe señalar que los procedimientos antiguos no estaban diseñados para este tipo de reclamaciones, por lo que era bastante difícil acreditarlas.²²⁹

En el caso del nuevo procedimiento de cobro de cotizaciones adeudadas, a cargo de los nuevos tribunales de cobranza laboral, cabe destacar varias innovaciones. Es preciso señalar que el objeto de estas modificaciones es permitir mayor agilidad en el cobro de las cotizaciones que se adeudan a los trabajadores, lo que resulta de especial importancia si se toma en cuenta que "el sistema de Seguridad Social en Chile, se financia sobre la base de las cotizaciones efectivamente enteradas, motivo por el cual el cobro de las mismas reviste el carácter de esencial y su cumplimiento es de interés público".²³⁰ Para ello se crea una nueva judicatura que debería permitir, de paso, descargar de la excesiva cantidad de causas que sobre este punto reciben día a día los tribunales laborales.²³¹

El nuevo procedimiento se asimila de alguna forma al procedimiento ejecutivo civil. Entrega el carácter de título ejecutivo a nue-

²²⁹ Volveremos sobre este punto al repasar algunas de las críticas que se ha realizado sobre este nuevo procedimiento.

²³⁰ Véase, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 17.322 (cit.), p. 2.

²³¹ *Ibid.*, p. 3.

vos instrumentos, lo que debería facilitar el inicio del procedimiento de cobranza. Al igual que en el caso del nuevo procedimiento laboral, acá el tribunal tiene el deber de actuar de oficio –es decir, sin esperar que el demandante lo solicite– para hacer avanzar el procedimiento. Ello le otorgaría mayor celeridad e impediría que se declarase el abandono del procedimiento. Acá surgen nuevas obligaciones para la institución de seguridad previsional. Una vez presentada la demanda, el juez ordenará la notificación a la institución la que deberá hacerse parte como demandante y continuar con las acciones. Se establece, además, una sanción para la institución previsional que se comporte negligentemente en la defensa de los derechos de su afiliado.²³² Si el trabajador sufre perjuicio y el juez declara la negligencia, éste ordenará que entere en el fondo del trabajador el monto total de la deuda que se dejó de cobrar –por su negligencia– más reajustes e intereses. La propia ley define las situaciones en las que se entenderá que existió negligencia.²³³

El demandado, por su parte, será requerido de pago y su facultad para excepcionarse se encuentra limitada severamente.²³⁴ A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de cobro que estas reformas modifican, si durante la duración del juicio se siguen adeudando nuevas cotizaciones éstas pueden sumarse a la demanda ya presentada. También se establece una medida precautoria especial, la que tiene por objeto asegurar los resultados del juicio para el demandante. Interpuesta la demanda, el trabajador o la institución podrá solicitar al tribunal que ordene a la Tesorería General de la República la retención de la devolución de impuestos a la renta que le correspondiese a los empleadores deudores. Si los montos no alcanzan a cubrir toda la deuda, el saldo restante subsistirá y sobre él seguirá el procedimiento con el objeto de lograr su pago.²³⁵

²³² Artículo 4, inc. 3°.

²³³ Existirá negligencia cuando la institución previsional:

“(a) No entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas, o no continúa las acciones ejecutivas iniciadas por el trabajador en el plazo señalado en el artículo anterior.

(b) No solicita la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la presente ley y ello genera perjuicio directo al trabajador, lo que será calificado por el juez.

(c) No interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador”. Artículo 4, inc. final.

²³⁴ Sólo podrá hacerlo con argumentos fundados. Para probarlos, debe ofrecer las pruebas dentro de 5° día.

²³⁵ Artículo 25.

Finalmente, y entre otras modificaciones, se limita el recurso de apelación. Sólo procederá cuando se declare la negligencia de la institución previsional, caso en cual ésta lo podrá interponer, y contra la resolución que se pronuncie sobre la medida cautelar antes descrita.²³⁶ Si quien interpone ese recurso es la institución previsional o el empleador deudor, previa a la interposición del recurso deberán consignar los fondos totales que la sentencia contra la que recurren ha establecido.

2. Las críticas al proyecto

Estas nuevas modificaciones no han estado exentas de críticas. Una de las primeras instituciones en criticar las reformas fue la Cámara Nacional de Comercio (CNC).²³⁷ La primera de las críticas es que el número de jueces que se suma con las reformas no asegura los objetivos planteados por ella. Los 40 jueces laborales y los 9 jueces de cobranza previsional no serán suficientes, si se toma en cuenta la carga de trabajo que deberán soportar, sobre todo en el caso de los jueces del trabajo que deben estar presentes en todas las audiencias que se realicen. La CPC coincide en este punto. Comparando la reforma con la ley española, en la que la reforma chilena se inspira, se señala que el número de jueces que debería contemplarse es de 115.²³⁸

La CNC estima, además, que el hecho de que demasiadas actuaciones deban ejecutarse en una misma audiencia afecta la seriedad del procedimiento. Una misma audiencia deberá conocer de la contestación, fijación de los puntos a probar y en esa misma audiencia el demandado deberá ofrecer sus pruebas. Lo cierto es que esta crítica tenía más sentido en una etapa preliminar del proyecto, donde se establecía que en esa misma audiencia debería recibirse la prueba. El proyecto final establece que deberá fijarse una nueva audiencia para ese efecto. Además, en el caso de la contestación el demandado puede efectuarla por escrito antes de la audiencia.

Otra de las críticas de la CNC y la CPC radica en que las nuevas normas permiten una intromisión demasiado amplia del juez,

²³⁶ Artículo 8.

²³⁷ "Críticas de la CNC al Proyecto de Ley que sustituye el Procedimiento Laboral", Noticias CNC, en: www.cnc.cl/navTpl.php?s=&c=20050804085845&login=&tid= (20 de diciembre de 2005).

²³⁸ "Proyecto de Ley que Sustituye el Procedimiento Laboral" (cit.), p. 3.

el que al permitir subsanar errores indicándole al demandado las fallas de su presentación, interfiere más allá de lo prudente afectando la igualdad de las partes. En su concepto el juez pierde toda imparcialidad lo que, unido al principio *pro operario* que establece nuestra legislación, afecta a una de las partes: el demandado, normalmente el empleador.²³⁹ Por su parte, el Senador Carlos Bombal, entonces presidente de la Comisión de Trabajo señaló que “subyace en su sentido una mayor protección al trabajador, lo que, si bien es razonable respecto de normas sustantivas del Código del Trabajo no lo es en el ámbito judicial, puesto que las partes deben tener igualdad de derechos para un debido proceso”.²⁴⁰ La Corte Suprema, por su parte, estima que “estas facultades entregadas al juez importan, en cierta forma, obligarlo a anticipar pronunciamientos que son inherentes a su función jurisdiccional, propia e imparcial, restándole la objetividad necesaria”.²⁴¹

Varias de estas críticas carecen de justificación, particularmente porque reposan en una concepción equivocada sobre el derecho del trabajo. Señala que la responsabilidad de las autoridades es la de “velar por el bien jurídico superior, en este caso la creación de fuentes de trabajo dignas para las personas”.²⁴² Sin embargo, el derecho laboral, como tal, tiene un propósito fundamental: entregar tutela y resguardo a aquella de las partes que, en los hechos, aparece en una posición de vulnerabilidad frente a la otra. En este caso, el trabajador. La legislación laboral constata, en los hechos (a) que existen diferencias entre los trabajadores y sus empleadores. Esas diferencias son económicas; normalmente el empleador se encuentra en una situación de superioridad frente al trabajador y esa relación vertical podría dar lugar –de hecho, da lugar– a abusos del primero sobre el segundo. Esas son las situaciones que el Estado debe prevenir y proteger (c) incorporando un conjunto de salvaguardas destinadas a que, aquéllos en (d) condición desaventajada, igua-

²³⁹ “Críticas de la CNC al Proyecto de Ley que sustituye el procedimiento Laboral” (cit.) y “Proyecto de Ley que Sustituye el Procedimiento Laboral” (cit.), p. 8-9.

²⁴⁰ “Modernización de la justicia laboral se vota este martes”, Diario de Noticias del Senado, 25 de julio de 2005.

²⁴¹ Oficio N° 2346, Observaciones de la Corte Suprema al Proyecto de Ley que modifica los Procedimientos Laborales, 4 de noviembre de 2003.

²⁴² “Críticas de la CNC al Proyecto de Ley que sustituye el procedimiento Laboral” (cit.).

len –gracias a esas salvaguardas– a los que están mejor situados; una vez que se logra esa igualdad, cada uno de ellos puede llevar adelante sus planes de vida en igualdad de condiciones. Todo esto en plena concordancia con la Constitución que en su artículo 1° dispone que es deber del Estado “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Es decir, el Estado satisface su finalidad cuando las condiciones por él creadas permiten que los ciudadanos puedan desarrollar sus aspiraciones materiales y espirituales y, para ello, las circunstancias de hecho no pueden atentar contra ese fin.

Las críticas a estas nuevas facultades asumen un punto de partida falso, cual es el considerar que trabajadores y empleadores están en un mismo pie, en una relación de igualdad. Y ello es explícito en las declaraciones de Bombal que señala que “[e]n una sociedad moderna, como la nuestra, las relaciones laborales también se han transformado, y empleadores y trabajadores no deben verse como adversarios, sino que en un plano de cooperación y mutua confianza”.²⁴³

Con todo, no parece haber problemas en que principios que se reconocen en normas sustantivas sean reconocidos también en normas procesales. Así ocurre, por ejemplo, con el principio de la presunción de inocencia, que establece que todas las personas deben considerarse inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad. En este caso es el Estado el que debe probar la culpabilidad de las personas que persigue, y no éstas su inocencia. Esa norma es producto del reconocimiento previo que se ha efectuado de que en los hechos los ciudadanos y el Estado no se encuentran en un pie de igualdad. También ciudadanos y Estado están inmersos en una relación de confianza y colaboración, pero eso no obsta al establecimiento de ciertos resguardos.

Otro de los aspectos en los cuales se han centrado la críticas a las reformas, es en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales. La CNC señaló que “la gravedad de estas denuncias amerita un tratamiento más cuidadoso que un juicio sumarísimo, requiere de un debido proceso (...) en circunstancias que el derecho chileno contempla el recurso de protección para esta

²⁴³ “Modernización de la justicia laboral se vota este martes” (cit.).

materia".²⁴⁴ La CPC, por su parte, insistió en que "dichas garantías constitucionales cuentan, en la propia Constitución, con un mecanismo especial de tutela como es el Recurso de Protección".²⁴⁵ Reclama que el proyecto de reforma, en cambio, "establece un procedimiento especial sumarísimo, en el que, admitida la denuncia a tramitación, el juez debe citar al denunciante, al denunciado y a los demás (...) afectados, a una única audiencia dentro de 15 días, en la que las partes deberán exponer sus proposiciones relativas al hecho denunciado, acompañando todos los medios de prueba, para que el tribunal resuelva en esa misma audiencia o dentro de cinco días".²⁴⁶ CNC y CPC, además, señalan que este nuevo procedimiento sólo incentiva la "judicialización" de problemas que pueden tener otra salida.

Las críticas al procedimiento de tutela se resumen en que se cree que se trata de un procedimiento demasiado rápido para resolver un tema tan complejo como la violación de derechos fundamentales. Ello afecta el debido proceso, sostienen, y proponen mantener el recuso de protección. Esta crítica pone de manifiesto una incoherencia. El recurso de protección si por algo se caracteriza, es por la escasez de etapas con las que cuenta. Se presenta el recurso, el denunciado hace sus descargos, se alega y se falla. No existe procedimiento probatorio y todo lo que las partes pueden hacer es acompañar documentos en sus presentaciones. No existe la posibilidad de citar testigos o de llevar a cabo otras pruebas. El nuevo procedimiento de tutela, en cambio, establece la posibilidad de pruebas, lo que eleva el estándar de debido proceso en frente del recurso de protección para este caso. Además, en este procedimiento de tutela se establece la posibilidad de que el juez decreta indemnizaciones, cosa que no ocurre en la protección. Como si eso no fuera suficiente, se establecen plazos que deben respetarse y que permiten que estas cuestiones se fallen con celeridad. Con todo, si las cortes no tuviesen demasiado trabajo el recurso de protección debería fallarse en menos tiempo que lo que establece este procedimiento de tutela. Sobre la supuesta "judicialización" de las relaciones laborales, lo cierto es que en su momento lo mismo se dijo respecto de las reformas a la ley de

²⁴⁴ "Críticas de la CNC al Proyecto de Ley que sustituye el procedimiento Laboral" (cit.).

²⁴⁵ "Proyecto de Ley que Sustituye el Procedimiento Laboral" (cit.), p. 4.

²⁴⁶ *Ibid.*

protección al consumidor. Los hechos demuestran que se trata sólo de conjeturas que carecen de sustento.

Lamentablemente las instituciones que reúnen a las empresas empleadoras vuelven sobre sus reclamos; Bruno Philippi, presidente de la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), señaló que “los empresarios deberán adoptar los resguardos que sean necesarios, los que pasan por efectuar sólo contrataciones estrictamente indispensables o bien a través de la sustitución de la mano de obra por maquinarias, finalmente, a través de procesos de externalización de funciones”.²⁴⁷ Al igual que la CNC y la CPC, estima que este tipo de reclamos deben buscar otra vía de solución, pues sólo se logrará afectar el ambiente de trabajo.

A juicio de varios especialistas pocos de los objetivos procesales buscados por la reforma, en orden a modernizar la justicia laboral, se lograrán. Ello debe sumarse a las críticas del sector laboral, que ve estas modificaciones como insuficientes, y a las del sector de las empresas, que alza la voz con cada nueva reforma (que incentivará litigios desmedidos, que los empresarios se verán forzados a contratar menos, son algunas de las objeciones que se han efectuado) y que en parte, como vimos, carecen de justificación.

V. DERECHOS HUMANOS Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

El año 2005, en términos constitucionales, vino marcado por las reformas a la Carta Fundamental.²⁴⁸ Más de 50 modificaciones se introdujeron a la Constitución que hoy lleva la firma del entonces Presidente, Ricardo Lagos. En el acápite que sigue se busca identificar y evaluar cuáles de esas reformas podrían traer beneficios para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos.

Cabe mencionar que una de las reformas más importantes, quizá estructural para la democracia chilena, es la concentración de facultades de revisión de constitucionalidad de las leyes en el Tribunal Constitucional. Desde febrero de 2006, el Tribunal Constitucional juega uno de los papeles políticos más relevantes de la

²⁴⁷ “Ministerio del Trabajo desestima críticas de la Sofofa”, *La Nación*, 16 de noviembre de 2005.

²⁴⁸ L. 20.050 (D. Of. 26.08.2005).

democracia. Tanto es así que sus decisiones pueden dejar sin efecto las decisiones de los representantes parlamentarios. En este Informe revisamos su sistema de designaciones y, en especial, cómo éste se desarrolló durante 2005.

1. Las reformas en el control de constitucionalidad de las leyes

Chile poseía hasta 2005 un sistema de control de constitucionalidad bastante extraño. Contaba un sistema mixto, donde el Tribunal Constitucional se encargaba de controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley, esto es, antes de que esos proyectos se transformaran en leyes. Una vez que estos proyectos se transformaban en leyes el ciudadano que estimaba violentados sus derechos fundamentales tenía que interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. Este camino poseía varios problemas. Este sistema de control fue bastante ineficaz, declarándose la inconstitucionalidad en contadas ocasiones y no porque nuestros legisladores fueran especialmente diestros en la interpretación constitucional.²⁴⁹ Además se trataba de un recurso de alcances limitados. La Corte sólo podía declarar la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto, es decir, ella continuaba en vigencia para los demás casos que, siendo similares, podían correr distinta suerte. La Corte no se “ata” por sus decisiones anteriores y por lo tanto un caso resuelto de una determinada forma puede recibir un trato diferente en el futuro. Y ello ocurrió varias veces con el recurso de inaplicabilidad. El recurso, así concebido, afectaba el derecho a un igual trato por parte de los órganos del Estado. Desde luego, era el diseño del recurso, el de ser un instrumento de inaplicabilidad, lo que generaba esos roces con principios fundamentales para una democracia.

Con las reformas de 2005 el escenario cambia. Ya no es la Corte Suprema la que deberá conocer del recurso de inaplicabilidad,

²⁴⁹ Véase, Gómez, Gastón (ed.) *Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°31, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996 y Gómez, Gastón, *El Recurso de Inaplicabilidad: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, Informe de Investigación, N° 4, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999 y *Algunas Ideas Críticas sobre la Jurisdicción Constitucional en Chile*, en, Gastón Gómez (ed.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°41, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999.

sino el Tribunal Constitucional. El objetivo de estas reformas, en efecto, era el concentrar el control de constitucionalidad de las leyes en un solo órgano, para evitar criterios dispares y que casos similares fueran resueltos de forma diversa.

El cambio recién reseñado encontró en un comienzo una fuerte oposición de la Corte Suprema. Primero, porque se la privaba de una facultad angular en un sistema de *frenos y contrapesos* entre los poderes del Estado: la posibilidad de inaplicar una ley por ser contraria a la Constitución. Segundo, porque el proyecto buscaba profesionalizar el Tribunal Constitucional, estableciendo que su composición se efectuaría con miembros titulares y no como funcionaba hasta entonces, con algunos jueces de la Corte Suprema que dividían su tiempo entre ésta y ése. La Corte señalaba que “los magistrados de carrera [de la Corte Suprema], por su formación en la labor diaria de administrar justicia, resolviendo conflictos y disponiendo lo conducente para solucionarlos de manera adecuada y con la rapidez necesaria, tienen una natural y especial facultad de decisión o capacidad de resolver”, por ello –prosigue– es “necesario que el Tribunal Constitucional cuente en su composición con no menos de un tercio de jueces (...) [lo que] vigoriza su independencia de los órganos a los que corresponde controlar”.²⁵⁰

La Corte suele reprochar a los demás órganos del Estado que posee una carga de trabajo excesiva. Así lo hizo, por ejemplo, cuando modificó el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección en 1992 y 1998,²⁵¹ con lo cual estableció un plazo de 15 días para interponer el recurso, requisito que la Constitución nunca contempló. Por ello, el hecho de que la Corte haya rechazado traspasar esas atribuciones al Tribunal Constitucional no encuentra explicación, sino que se trata sólo de una defensa de atribuciones que por alguna circunstancia la Corte quería mantener. Lo que la Corte suele hacer cuando se ve abrumada de trabajo es exigir al Estado un aumento de los recursos. Así ocurrió en el caso de la génesis de la reforma a la justicia del crimen y, hace

²⁵⁰ Informe de la Comisión de Justicia, Legislación y Reglamento del Senado (Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07).

²⁵¹ Así, señala, que “ha podido apreciarse una utilización cada vez más creciente del mismo y por ende un progresivo aumento del volumen de ingreso de estos recursos en las Cortes de Apelaciones del país y por consiguiente también en esta Corte Suprema por la vía de la apelación de la sentencia recaída en estas causas”.

poco tiempo, al plantear un aumento del presupuesto del Poder Judicial en vistas a asegurar su autonomía;²⁵² similares han sido sus propuestas sobre las reformas al Tribunal Constitucional.

La razón que la Corte esgrime recurrentemente para sostener su rechazo a las modificaciones es que los ministros de ella –que bajo la configuración del Tribunal Constitucional antes de la reforma forman parte de éste– “tienen una natural y especial facultad de decisión o capacidad de resolver que contribuye a determinaciones apropiadas en la forma y oportunas en el tiempo de lo que se acuerda por mayoría”.²⁵³ Los jueces, así, tendrían una especial habilidad para el juzgamiento. De nuevo, al igual que en el caso de los abogados integrantes, se pide a la ciudadanía que confíe en las personas. Pero los sistemas de derecho reposan en reglas.

Desde las reformas de 2005 tenemos lo que en Derecho Comparado se ha denominado ‘legislador negativo’. Mientras el Poder Legislativo actúa positivamente, creando leyes, el Tribunal Constitucional actuará del modo inverso, anulando las leyes contrarias a la Constitución (es decir, en un sentido negativo). Hasta antes de la reforma de 2005 Chile contaba sólo con un ‘legislador positivo’, lo que en la práctica significaba que si existían dudas sobre la constitucionalidad de alguna ley, era el propio legislador el que debería decidir si derogaba esa ley. Al resto le quedaba confiar en que la Corte alguna vez declarara la inaplicabilidad de esa ley, pero quedando la misma vigente para el resto de los ciudadanos. Ellos deberían intentar lo mismo y la práctica indica que en general corrían mala suerte.

En el nuevo escenario es el Tribunal Constitucional (TC) el que posee la doble facultad, primero, de declarar la inaplicabilidad de la ley y, enseguida, si así lo estima, su inconstitucionalidad.

En lo medular, la **acción de inaplicabilidad** se mantiene igual que antes de las reformas. Para que un ciudadano pueda interponer un recurso, se requiere (a) que el TC verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial; (b) que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar *decisivo* en la resolución de un asunto; (c) que la impugnación esté fundada *razonablemente* y (d) que se cumplan los demás re-

²⁵² Véase, <http://www.cuarta.cl/diario/2004/01/07/07.04.4a.PICA.PARAPICAR.html>; Transcripción de Acta N° 111-2003, en <http://www.cortesuprema.cl/0.8/noticias/venot.php?id=541>;

²⁵³ Informe de la Comisión de Justicia, Legislación y Reglamento del Senado (Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07).

quisitos que establezca la ley que ha sido recientemente diseñada. De este modo se regulan varios aspectos del recurso que, hasta ahora, habían sido regulados por la práctica. Además se introduce una nueva facultad: la inaplicabilidad no sólo puede ser presentada por quien es parte de alguna gestión, sino que también por el juez que conoce de ella. El objetivo de este precepto es alentar a los jueces que poseen dudas sobre la constitucionalidad de alguna ley, a que consulten al TC que deberá resolver la cuestión finalmente. Ello le entregará consistencia a la interpretación de la Constitución.

Lo que resulta una completa novedad es la incorporación de la **acción de inconstitucionalidad**. Esta acción ya no busca que un precepto legal sea declarado inaplicable para el caso concreto, sino que el efecto de esa declaración se extienda a todos los demás ciudadanos. Esta acción busca, entonces, que ese precepto sea expulsado del ordenamiento jurídico. Aquí es donde el TC actúa como un 'legislador negativo', anulando las decisiones del legislador (positivo) que vayan en contra de la Constitución, por ejemplo, afectando derechos fundamentales. Para que esta acción proceda, es preciso que el TC haya declarado previamente su inaplicabilidad. Ahora bien, en términos de participación ciudadana se incorpora con las reformas una nueva acción que permitirá que cualquier personas solicite la declaración de inconstitucionalidad. Se entiende que la expulsión de la norma jurídica que violenta la Constitución es una cuestión de interés público para toda la sociedad, y por lo tanto cualquier persona queda habilitada para solicitar esa declaración. Está por verse cuál será la utilidad de esta acción, pues el propio TC queda habilitado para declarar de oficio la inconstitucionalidad, una vez que declare la inaplicabilidad.

En cuanto a las facultades preventivas del TC, esto es, respecto del control que el TC realiza antes de que un proyecto se transforme en ley, se mantiene igual, siendo obligatorio para el caso de las leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución, y facultativo para el caso de las leyes de quórum calificado y ordinarias.²⁵⁴ Finalmente, anotamos dos modificaciones importantes. Primero, se incorpora la posibilidad de controlar

²⁵⁴ En este caso, para que el control proceda se necesita de un requerimiento que puede ser solicitado (a) por el Presidente de la República; (b) una cuarta parte de los miembros en ejercicio del parlamento o (c) cualquiera de las cámaras.

la constitucionalidad de los auto acordados. El tema no es menor pues, como se conoce, fueron sucesivos autos acordados de la Corte Suprema los que terminaron estrechando el sentido y la utilidad del recurso de protección de derechos constitucionales.²⁵⁵ Segundo, ahora se establece de manera explícita que los tratados internacionales también serán objeto de control de constitucionalidad de forma obligatoria cuando digan relación con materias propias de ley orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución. De esta manera, se sigue la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional a propósito de la ratificación del Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional.²⁵⁶

Las reformas son prácticamente irrelevantes en materia sustantiva de derechos fundamentales. Éstas dejaron de lado cualquier referencia al recurso de protección, un sistema de protección que reclama hace tiempo una nueva regulación que lo transforme en una herramienta eficaz de tutela de los derechos fundamentales.²⁵⁷ Salvo en lo relativo al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que mientras antes de las reformas este derecho podía ser defendido vía recurso de protección sólo si existía una acción arbitraria e ilegal,²⁵⁸ luego de ellas el recurso procede en caso de acción u omisión ilegal. Esto, más que mejorar la posición de este derecho, restringe la acción en esta materia. En efecto, la reforma elimina la posibilidad de que las afectaciones al derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación provengan de un acto u omisión arbitrario, pues sólo restringe su interposición para el caso en que exista un actuar u omisión ilegal. Es decir, mientras el legislador no regule alguna situación medioambiental el recurso no va a proceder jamás, pues se requiere la ilegalidad y no la arbitrariedad.²⁵⁹ La acción u omisión arbitraria de alguna autoridad que afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no permite la interposición del recurso, pues para su procedencia se requiere que el recurrido actúe ilegalmente.

²⁵⁵ Véase, Informe Anual sobre Derechos Humanos 2004 (cit.), pp. 30-33.

²⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

²⁵⁷ Véase, Gómez, Gastón, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2005.

²⁵⁸ Para el resto de los derechos basta una acción o una omisión, la que podía ser ilegal y/o arbitraria.

²⁵⁹ Salvo, desde luego, que se vincule a otros derechos.

Sí se anotan avances en materia de estados de excepción constitucional, donde se reduce la facultad de restringir derechos fundamentales en varios de ellos.²⁶⁰

2. Las designaciones al Tribunal Constitucional

Como vemos, a partir de las reformas²⁶¹ el TC posee un rol mucho más importante que el que había venido ocupando en la configuración original de la Constitución de 1980. Desde entonces el TC monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, lo que quiere decir que en ejercicio de sus funciones puede limitar la voluntad de los representantes populares, senadores y diputados. En algunos casos, como hemos dicho, los proyectos de ley deberán ser siempre analizados en su constitucionalidad por el TC. En otros, éste revisará la constitucionalidad de los proyectos solo si así se le solicita. Pero lo importante es que, en uno y otro caso, una vez que esos proyectos se transformen en leyes de la República podrán ser dejados sin efecto para un caso particular (vía inaplicabilidad), o para todo caso (vía inconstitucionalidad), por medio de una sentencia del TC.

De ahí que es importante tomar en serio el rol del TC. A partir de las reformas, el TC puede, si así lo estima de sus interpretaciones, “derribar” las decisiones del legislador. Esto es, el TC tiene la facultad para dejar sin efecto las decisiones que tomen los mandatarios políticos de la ciudadanía. Entonces, ¿importa quiénes integran el TC? Este órgano indudablemente realizará análisis político en el control de constitucionalidad. Así como lo hará el ‘legislador positivo’ al crear leyes, el ‘legislador negativo’, al derribarlas, tendrá a la vista una serie de factores que son algo más que una simple “connotación política” para transformarse en consideraciones relativas a la autoorganización política, jurídica, social y económica de la comunidad chilena. Por eso es que importa conocer a quienes llegan al TC. Importa qué piensan, qué han resuelto, cuáles son sus trabajos académicos –si es que los

²⁶⁰ En materia de libertad de expresión puede revisarse el capítulo de este informe dedicado a esa libertad. En lo relativo al (fallido) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, consúltese el capítulo sobre ‘Derechos humanos de los pueblos originarios’ en este mismo informe.

²⁶¹ El TC comenzó en propiedad sus funciones bajo el nuevo sistema a fines de febrero de 2006.

tienen— cuáles son las razones que un determinado poder tiene para designarlos al cargo.²⁶²

Que la designación de los nuevos miembros de éste, a su vez, ‘nuevo’ TC hayan pasado de cierta forma inadvertidas durante 2005 y comienzos de 2006, se debe a que la ciudadanía no conoce cuáles son las inmensas facultades con las que cuenta el mismo. Y es que la ciudadanía no ha sido ilustrada al efecto. El mismo procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema funcionó durante casi 10 años sin que nadie se preocupara por quienes llegaban a ella. Sólo ciertos casos de inevitable “connotación política” giraron la atención de los ciudadanos, más que a los códigos, a los jueces encargados de interpretar las leyes.

Sin embargo el escenario hoy es algo distinto. A propósito de las designaciones de los jueces de la Corte Suprema vimos que hoy por hoy la ciudadanía está mucho más interesada en controlar la forma en que se realiza esa designación. Hay varias razones que explican este cambio en la cultura jurídica chilena, entre ellas, como señalamos, el hecho de que la ciudadanía cayó en cuenta de que la Corte Suprema decide casos de tremenda significación política (DL de Amnistía) y, en algunos casos, moral (píldora del día después). Por lo tanto, no es irrelevante saber quiénes llegan a ese tribunal. El análisis de las circunstancias en que se produjeron los nombramientos durante 2005 nos mostró la sinergia que se produce entre autoridades facultadas para realizar esos nombramientos y una ciudadanía más atenta y ávida de participación. Pese a todo, con las reformas de 2005 la Corte Suprema pierde una parte de las atribuciones de ‘corte político’ (entre ellas la más importante que poseía: resolver el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).²⁶³

En la estructura de las reformas constitucionales diversos órganos intervienen en la designación de miembros del TC. Éste pasó de tener siete miembros a tener diez. Tres de ellos son designados por el Presidente de la República. Cuatro por el Congreso y tres por la Corte Suprema. En el caso de los miembros que elige el Congreso, dos los nombra directamente el Senado. Los otros son designados previa proposición de la Cámara de Diputados, que re-

²⁶² Como veremos, en la estructura de designación de los miembros del TC se intentó que participaran todos los poderes del Estado, de modo de otorgar legitimidad a los miembros del mismo.

²⁶³ Esto no quiere decir que sus decisiones no posean efectos políticos, como lo discutimos en la sección relativa al nombramiento de sus jueces.

clamó su participación en este proceso.²⁶⁴ Durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por especialidades cada tres miembros. Como se aprecia, se buscó la intervención de todos los poderes del Estado dadas las importantes facultades con las que cuenta ahora el TC. Ello legitima, en parte, la designación de los integrantes.²⁶⁵

Pero se trata de un sistema de legitimación débil. Y ello por dos razones. Primero, porque el sistema de *frenos y contrapesos*, que es lo que parece sugerir la participación de todos los poderes del Estado, es sólo aparente. Y es sólo aparente porque se trata de designaciones que pueden efectuar discrecionalmente cada uno de esos poderes. Así, el Presidente elige a sus miembros, y lo mismo hacen la Corte Suprema y el Congreso.²⁶⁶ No hay controles de unos sobre otros (poderes), sino que sólo facultades distribuidas entre los poderes del Estado para ser utilizadas discrecionalmente.²⁶⁷ Segundo, el control es aparente porque queda pendiente la pregunta acerca de cómo interviene la ciudadanía en ese procedimiento. Más allá de que las “instituciones funcionen”, varias de estas designaciones se encuentran con ciudadanos y ciudadanas con legítimas preocupaciones que no encuentran recepción en el sistema normal de funcionamiento de las instituciones. Si el sistema de designaciones no habilita espacios para la participación ciudadana, al menos debería preocuparse de dar espacio a un debate público en que se pueda conocer el perfil de

²⁶⁴ El nombramiento –en el caso del Senado– y la aprobación de la propuesta –en el caso de la Cámara de Diputados– deben contar con los 2/3 de los votos de los senadores o diputados en ejercicio, según el caso.

²⁶⁵ Además, como dijimos antes, se busca la profesionalización del TC. Para ello se establece una serie de inhabilidades que asimila el régimen de los miembros del TC al de los jueces. Ello no es menor; varias de estas medidas buscan dotar de mayor legitimidad al sistema de control de constitucionalidad y evitar, de paso, bochornosos incidentes. Por ejemplo, y como se da cuenta en los Informes de 2004 y 2005, Juan Agustín Figueroa ejercía como integrante del TC y al mismo tiempo intervenía como abogado en sus causas particulares. Además actuaba como querellante en algunas causas de las que destaca aquella en que reclamaba la aplicación de la Ley Antiterrorista a un conjunto de mapuche por la quema de su predio en el sur del país. La sentencia del Tribunal Oral en lo penal desechó esa querrela declarando inocentes a los mapuche acusados. Figueroa interpuso un recurso de nulidad ante la Corte Suprema, la que anuló el juicio y ordenó la realización de otro nuevo en que Figueroa obtuvo las condenas que perseguía.

²⁶⁶ A lo sumo la Cámara de Diputados es controlada por el Senado que debe ratificar sus nombramientos.

²⁶⁷ Sin perjuicio de las negociaciones propias de nuestro sistema, que se conocieron entre los diversos actores durante 2005, esas negociaciones lejos de configurar un sistema de pesos y contrapesos evita el debate y, como hemos señalado, es parte de los consensos con que se gobierna en Chile.

los candidatos, así como las razones que se tuvieron a la vista para su elección. Y es que el marco que fija el mismo sistema de designaciones reclama este tipo de análisis. Los miembros del TC deberán tener a lo menos quince años de título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública. ¿Cómo podemos analizar esa destacada actividad profesional, universitaria y pública, sino por medio de debates públicos en que se conozca las razones que se tuvieron a la vista para su designación? En el caso de los miembros designados por la Corte Suprema es la propia Constitución la que señala que esos nombres serán acordados en una sesión secreta del Pleno convocada especialmente al efecto. El mismo mensaje del Presidente de la República, en que envía al Congreso el proyecto de nueva LOC del TC señala que la ley orgánica se encuentra en armonía con las disposiciones sobre publicidad que contempla la Constitución; pero lo hace sólo respecto de las sentencias del TC.²⁶⁸ Es probable que el sistema no conozca de cambios sino hasta que las primeras leyes en ‘temas sensibles’ comiencen a ser derribadas.²⁶⁹

Durante 2005 se conocieron varias designaciones.²⁷⁰ Si las designaciones a la Corte Suprema se caracterizan por el secretismo

²⁶⁸ Y sin perjuicio de reconocer que “conforme lo autoriza la Constitución, se facultó al Tribunal para que, por mayoría de votos, declare el carácter de reservadas o secretas para determinadas actuaciones o documentos, siempre sujetándose a las causales que el propio artículo 8° señala”. Véase, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Mensaje N° 432-353, Santiago, 7 de diciembre de 2005, p 4.

²⁶⁹ En otros sistemas democráticos leyes que abordan aborto, eutanasia, sistemas de cuotas o ‘acciones afirmativas’, entre otras, son las que colocan en aprieto al TC en el control que debe realizar. Esos temas –sensibles– mostrarán la cara del TC.

²⁷⁰ Acá nos referiremos sólo a las designaciones de quienes se integran como ministros titulares o jueces del TC. Dejamos de lado a los abogados integrantes que, de acuerdo al Mensaje sobre la LOC TC, mantiene con algunas modificaciones: “[e]n primer lugar, hace exigibles a estos abogados, los mismos requisitos previstos para ser Ministro del Tribunal. Enseguida, se establece que deben efectuar una declaración de patrimonio en los mismos términos que ésta rige para los Ministros del Tribunal. Además, establece que no pueden ejercer su profesión ante el Tribunal Constitucional, y que tendrán las mismas inhabilidades e implicancias que los ministros. Finalmente, para hacer coincidente el sistema con la reforma que actualmente se tramita aplicable a los abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, se establece que la designación de estos abogados por el mismo Tribunal, debe efectuarse previo concurso público de antecedentes”. Véase, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica la ley N° 17.997 (cit.), pp. 6-7.

con que operan, por acuerdos entre cúpulas políticas y por la inexistencia de espacios institucionalizados a través de los cuales la ciudadanía pueda canalizar sus preocupaciones, las elecciones de los miembros del TC suman, a todo lo anterior, el sigilo y rapidez con que se efectuaron varias de las nominaciones, además de ciertas disputas que durante 2005 ‘condimentaron’ estas designaciones.

A septiembre de 2005, el TC estaba compuesto por siete miembros: José Luis Cea Egaña (su Presidente), Juan Colombo Campbell, Eugenio Valenzuela Somarriva, Juan Agustín Figueroa Yávar, Marcos Libedinsky Tschorne, Eleodoro Ortiz Sepúlveda y Urbano Marín Vallejo. De esos miembros, que debían ser complementados con tres más para lograr los 10 que establece la Constitución, se conoció que al menos tres de ellos dejarían pronto el cargo, de suerte que había seis cupos para completar.²⁷¹ De acuerdo a *El Mostrador*, “[p]or la Democracia Cristiana hay tres candidatos: el actual embajador en Alemania y ex ministro de Defensa, Mario Fernández; el abogado Humberto Nogueira y el ex director jurídico de la Cancillería Eduardo Vio Grossi. En Renovación Nacional se menciona como posibles postulantes a Teodoro Rivera (...) y Miguel Luis Amunátegui (...). Por la Unión Demócrata Independiente (UDI) está Raúl Bertelsen Repetto (...). En la tienda socialista circula, en tanto, el nombre del ex senador Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Zúñiga (...). En el Partido Radical Social Demócrata se menciona como posible carta a Mario Papi”.²⁷² Veremos que los pronósticos estaban en lo cierto respecto de varios nombres.

Las designaciones de los miembros que eligió el Senado fueron rápidas y secretas. Secretas en cuanto nadie supo cuándo se votarían. Demasiado rápidas para la importancia del cargo. Ello terminó minando la legitimidad de esas elecciones y, como veremos enseguida, empañando el procedimiento. En efecto, la noticia del nombramiento de los abogados Hernán Vodanovic y Raúl Bertelsen tomó por sorpresa a la comunidad jurídica, en particular, y a la ciudadanía, en general. La votación en el Senado fue

²⁷¹ Dejarían el TC Juan Colombo, toda vez que la Constitución exige desde 2005 dedicación exclusiva de sus miembros (se desempeña como Director del Banco Santander Santiago) y Juan Agustín, por razones personales. “Senadores inician ‘negociaciones’ para elegir a los nuevos miembros del TC”, *El Mostrador*, 28 de septiembre de 2005.

²⁷² *Ibíd.*

casi unánime, lo que muestra que el acuerdo estaba adoptado de antes por los partidos. 34 votos a favor de los candidatos y votos en contra de los Senadores radicales (PRSD), Enrique Silva Cimma, Guillermo Vázquez, Nelson Ávila y Augusto Parra, quienes señalaron que estaban “molestos por la no discusión de la situación”.²⁷³ No sabemos si se refieren a la no discusión con ellos –pues los votos para completar los 2/3 ya estaban asegurados– o a la falta de discusión acerca del perfil de los candidatos. Lo cierto es que estos nombramientos fueron seguidos por un fuerte debate en torno a dos cuestiones. Primero, en cuanto a la rapidez y sigilo con que se votaron estos nombres y segundo, en el caso de Bertelsen, respecto a la idoneidad profesional de éste.

El sigilo y rapidez de las votaciones erradicó la posibilidad de que se realizara un debate fuerte e informado sobre la trayectoria de los nuevos integrantes del TC. Los miembros del TC tienen a su cargo la interpretación soberana y definitiva de la Constitución, por lo que no se trata de funcionarios cualquiera. Además, la propia Constitución señala que éstos deben poseer una destacada actividad profesional, universitaria y pública. El sigilo y la rapidez de la votación impidieron el análisis sobre esos puntos y, si existió en el Senado un escrutinio tal, no se conoció. Una vez que estas primeras críticas se comenzaron a conocer, por medio de cartas en varios medios de comunicación, profesores de derecho y abogados afines a Bertelsen destacaban sus cualidades personales.²⁷⁴ Ese debate debió ocurrir antes o en el Senado mismo.

Sobre lo segundo, esto es, sobre los cuestionamientos al perfil de Bertelsen, cabe precisar que el debate se inició por una carta enviada por profesores de derecho de distintas universidades quienes cuestionaron el nombre de Bertelsen.²⁷⁵ Se señalaba en esa carta que “[e]ste nuevo miembro participó activamente en la

²⁷³ “Senado aprobó nuevos representantes al Tribunal Constitucional”, Portal electrónico de noticias Terra.cl, http://www.terra.cl/noticias/noticias.cfm?id_reg=556089&id_cat=302 (8 de noviembre de 2005).

²⁷⁴ Erróneamente pues, en este primer aspecto, lo que se cuestionaba era el procedimiento de designación, no el nombre del elegido.

²⁷⁵ La carta fue firmada por los profesores: Fernando Atria, Antonio Bascuñán, Rodrigo Correa, Ximena Fuentes y Juan Mañalich, de la Universidad Adolfo Ibáñez; María Horvitz, Julián López, Raúl Núñez, Lucas Sierra y Miguel Soto, de la Universidad de Chile; Jorge Contesse, Javier Couso y Carlos Peña, de la Universidad Diego Portales; Rodrigo Barcia y Christian Suárez, de la Universidad de Talca y Tomás Vial de la Universidad Andrés Bello (carta en poder de los autores del Informe).

redacción de la Constitución de 1980, así como en la formulación de la legislación dictada entre 1983 y 1989 con el objeto de preservar la institucionalidad del régimen militar” y cuya “trayectoria pública refleja, más bien, un compromiso con principios que esta reforma tuvo por propósito erradicar definitivamente. La última indiscutible manifestación pública de ese compromiso se encuentra en su presidencia, hasta el año 1989, de la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales. En los dieciséis años que han transcurrido desde entonces, el nuevo ministro puede haber cambiado sus lealtades, pero esto es algo que el Senado debió constatar antes de confiarle la defensa de la constitución”. La defensa de Bertelsen, de nuevo, estuvo marcada por varias cartas de colegas suyos que recalcan las calidades profesionales del elegido. A eso debe sumarse el intento de varios medios de comunicación que, calificando el reproche como una “arremetida liberal”,²⁷⁶ intentaban vincular este hecho a la salida del que fue Rector de la Universidad Diego Portales, Francisco Cuadra.²⁷⁷ Ante esto el grupo de profesores realizó una aclaración señalando que “[l]a redacción de la declaración había sido cuidada para disminuir el riesgo de que se la malinterpretara. La publicación no respetó esa redacción y, por el contrario, agregó elementos que favorecen el malentendido (...) Los suscriptores [no] se identifican con una corriente de pensamiento. El adjetivo liberal fue agregado por su editor. Lo que nos une es un compromiso con la democracia representativa y la convicción en la importancia del derecho constitucional (...) La declaración sólo denunció la irresponsabilidad de que un jurista que estuvo activa y largamente comprometido con el diseño constitucional y legislativo de la democracia protegida sea nombrado defensor de la Constitución que se deshizo de la tutela militar (...) Es asimismo absurda la analogía entre la objeción al nombramiento del señor Bertelsen y la situación vivida por el señor Francisco Javier Cuadra. La coincidencia entre los firmantes es marginal. Los casos son además muy distintos. Ni el señor Cuadra estaba a cargo de funciones soberanas ni al señor Bertelsen se le imputan hechos ilícitos”.²⁷⁸

²⁷⁶ Tal fue el caso de *El Mercurio*.

²⁷⁷ Cuadra dejó el cargo de Rector de la Universidad Diego Portales, luego de ser cuestionado por varios profesores que reprochaban sus declaraciones en un *Diario Nacional* (Siete) sobre su rol durante el régimen de Pinochet.

²⁷⁸ La carta aclaratoria, firmada por Rodrigo Correa, fue publicada en *El Mercurio*.

Como fuere, lo cierto es que las negociaciones entre los partidos, de las cuales parece que fue excluido el PRSD, habían entregado sus primeros resultados. Cada bloque de poder tenía un candidato en el TC.

En el caso de la Cámara de Diputados, ésta propuso a Mario Fernández, ex Ministro de Defensa y DC,²⁷⁹ quien fue ratificado – de acuerdo al procedimiento constitucional – por el Senado. Dos a uno ganaba la Concertación. Pero se abría un nuevo cupo. Juan Campbell y José Luis Cea habían sido reelegidos en sus cargos por el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) a comienzos de 2005. En una reunión que presidió el Presidente Lagos y que contó con la participación de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, el presidente del Senado y el Contralor General de la República, ambos mantuvieron sus cargos.²⁸⁰ Pese a los esfuerzos por eliminar la participación de las instituciones heredadas del régimen de Pinochet en las instituciones republicanas, que las reformas constitucionales plasmarían en septiembre de 2005, el COSENA mantendría su poder por algún tiempo más al reelegir a miembros del TC. Otro de los que fue ratificado en su cargo, pese a que su período vencía en marzo de 2005, fue Eugenio Valenzuela.²⁸¹ Se tratará de una ratificación provisoria, toda vez que las reformas constitucionales alterarían la composición del TC. Por ello, a comienzos de 2006 renunció a su cargo indicando que había querido retirarse hace un año antes, momento en que “altos personeros del Estado le expresaron que ella no era oportuna por razones valederas y muy superiores, por cierto, a mi interés personal”. Entonces señaló que aceptaría la renovación de su mandato por un año, que entonces se cumplía.²⁸²

Entonces, ese nuevo cupo debía ser enterado por un miembro propuesto por la Cámara de Diputados al Senado. Tal como lo informaron los medios de prensa, la directiva de Renovación Nacional [RN] se reunió al conocer de esta renuncia pues “[p]or

²⁷⁹ Además fue subsecretario de Aviación y de Guerra en el gobierno del ex Presidente Eduardo Frei. “Senado votará nominación de Mario Fernández como nuevo integrante del Tribunal Constitucional”, Portal electrónico de noticias Terra.cl, (11 de diciembre de 2005).

²⁸⁰ “COSENA reelige a dos integrantes del Tribunal Constitucional”, *El Mostrador*, 14 de marzo de 2005.

²⁸¹ Senado ratifica a su representante en el Tribunal Constitucional”, *El Mostrador*, 9 de marzo de 2005

²⁸² “Renuncia ministro del Tribunal Constitucional”, *La Segunda*, 17 de enero de 2006.

un acuerdo político alcanzado el año pasado [2005], ese cupo corresponde a alguien que responda a la 'sensibilidad' de ese partido".²⁸³ Ese es el consenso y el balance que alcanzan nuestros representantes. Acuerdos fuera de los espacios públicos que afectan la legitimidad de la elección de quienes deben integrar el TC. Máxime cuando la trayectoria de esos elegidos carece de relevancia pública en derecho constitucional. Para ese cupo la Cámara de Diputados nominó al abogado Marcelo Venegas, quien desde 1990 ejerce como asesor parlamentario en materias jurídico-legislativas del Instituto Libertad, ligado a RN.²⁸⁴

El único que desniveló los guarismos fue el Presidente Ricardo Lagos, quien a fines de enero de 2006 nombró en ejercicio de sus facultades constitucionales a Jorge Correa Sutil, quien hasta entonces se desempeñaba como Subsecretario del Interior.²⁸⁵ Algunas voces de la oposición se alzaron para criticar la designación pues ella rompía el equilibrio de fuerzas en el TC al nombrarse un nuevo miembro de la Concertación. El vocero de Gobierno, Osvaldo Puccio, respondió con lo que suele ser una tradicional respuesta en estos casos: "las designaciones son del Presidente de la República y él designa a quien le parece; así lo dice la Constitución de la República y no es un tema de equilibrio político".²⁸⁶ Nadie se interesó en mostrar sus credenciales jurídicas y nuevamente la regla constitucional que establece que los candidatos deben poseer una destacada actividad profesional, universitaria y pública, pierde sentido. Salvo, desde luego, que uno confíe ciegamente en el funcionamiento normal de las instituciones, el que a esta fecha parece significar que las instituciones funcionan cuando la ciudadanía no se entromete en ese operar.

La Corte Suprema nunca se configuró en la estructura de la Constitución de 1980 como un poder que contara con las facultades y la disposición de controlar la constitucionalidad de las leyes. Se contentó, en esa sistema, con que su opinión fuera solicitada por el parlamento en aquellos asuntos en los cuales pudiera

²⁸³ "Reemplazo en Tribunal Constitucional", *La Segunda*, 16 de enero de 2006.

²⁸⁴ "Sala del Senado ratifica nuevo miembro del Tribunal Constitucional", *El Mostrador*, 17 de enero de 2006.

²⁸⁵ "Correa Sutil abandona subsecretaría del Interior para asumir como miembro del Tribunal Constitucional", *La Tercera*, 27 de enero de 2006.

²⁸⁶ *Ibíd.* y "Jorge Correa Sutil deja su cargo para integrar Tribunal Constitucional", *El Mercurio*, 27 de enero de 2006.

hacer aportes. Desde 2005 el escenario cambia un poco; el TC cuenta ahora con las facultades para funcionar, en verdad, como un poder con fuertes facultades de control. Como vimos, no sólo puede declarar la inaplicación de una ley, sino que, además, puede expulsar esa norma del sistema.²⁸⁷ Sin embargo, y pese a esta tremenda importancia que adquiere el TC, la elección de sus miembros pasó casi inadvertida para La ciudadanía. Pese a que hubo algunas manifestaciones, éstas fueron las menos. Por otro lado, el Senado aparece entregando mayores espacios para la participación de la ciudadanía en la designación de los jueces de la Corte Suprema. Quizá porque conoce que el TC es el que concentra la mayor parte de las facultades de control de constitucionalidad o tal vez porque sus miembros conocen que esa mayor apertura puede ser una forma de evitar que la atención se centre donde ahora también importa y más que antes: en los jueces del Tribunal Constitucional.

²⁸⁷ Además, y esto sí constituye una novedad, las sentencias del TC obligarán a todos los órganos del Estado, de suerte que éste se transformará en el interprete supremo de la Constitución. Véase, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que modifica la ley N° 17.997 (cit.), p. 15.

Verdad y Justicia Respecto de las Violaciones del Pasado

EL ROL DE LOS JUECES

Las evaluaciones del período en materia de derechos humanos y justicia a las violaciones que se desarrollaron bajo el período militar es positiva. Esta es una opinión compartida no sólo de los actores relevantes en los temas sino también de las organizaciones internacionales de derechos humanos que reconocen la labor, especialmente algunos Ministros de Cortes de Apelaciones, que ayudaron a que en el 2005 no se materializara un ambiente de impunidad y se avanzara en materia de verdad y justicia. Todo ello a pesar de un inicio poco auspicioso del 2005 en el ámbito judicial.

El inicio del año 2005 estuvo marcado por un hecho que cobró gran relevancia en la forma en que la Corte Suprema abordaría el tema. El suicidio del coronel en retiro Germán Barriga, uno de los ex miembros de la DINA y CNI involucrado en distintos casos de derechos humanos, dejó una carta en que señalaba que su decisión de terminar con su vida se debió a no contar con estabilidad económica para su familia por las constantes funas a las que era sometido en sus empleos y a la prolongación de los procesos en que se encontraba involucrado.

Este hecho detonó reacciones previsibles de parte de militares, ex militares y simpatizantes del régimen militar, quienes argumentaron que los derechos humanos de los ex militares estaban siendo violados al seguir procesando a las personas por la figura del secuestro permanente cuando existiría certeza de que las personas desaparecidas están muertas, exigiendo la aplicación de la Ley de Amnistía.¹

¹ Los dichos del senador designado Martínez Busch y el abogado Jorge Balmaceda se insertan en esa tesis.

Estas reacciones se sumaron a los trascendidos de que el denominado plan de “empalme” entre el sistema antiguo y la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana propuesto por el Ejecutivo limitaría el tiempo de investigación de los casos iniciados bajo el sistema inquisitivo. La idea de traspasar causas antiguas de derechos humanos al nuevo sistema fue apoyada por el entonces Ministro de la Corte Suprema, Hernán Álvarez, quien señaló en una entrevista que la extensión en el tiempo de los juicios por derechos humanos constituye una “denegación de justicia” para los involucrados.²

La idea del “empalme” de los casos de derechos humanos fue desechada por el Ejecutivo, luego de que el Partido Socialista y el Partido Por la Democracia anunciaron que no aprobarían una ley en tal sentido.³ No obstante la decisión del Ejecutivo, la Corte Suprema adoptó un acuerdo en su Pleno del 25 de enero de 2005 en el que ordenó a los jueces instructores cerrar los procesos que se encontraban en etapa sumario –o instrucción– en el plazo de seis meses contados desde la fecha del acuerdo.⁴

En lo medular, el acuerdo de la mayoría de los Ministros de la Corte Suprema se fundó en que pese a que la Corte adoptó medidas para la agilización de las causas de derechos humanos en junio de 2001, designándose jueces y Ministros con exclusividad y preferencia para estas causas, los resultados no eran satisfactorios.⁵ De acuerdo a los registros estadísticos de la Corte, hasta fines de septiembre de 2004, de un total de 356 procesos pendientes, sólo 33 habían sido elevados a Plenario, en ocho se había dictado sentencia de primera instancia y el resto aún se encontraba en la etapa de investigación o Sumario.⁶

El Pleno de la Corte Suprema señaló además que no sólo los avances habían sido lentos, sino que la exclusividad y la preferencia de las causas de derechos humanos provocaban problemas de funcionamiento a los tribunales donde esos jueces ejercen sus funciones regularmente.

² *El Mostrador*, “DDHH: Supremo pide fijar plazos para causas que no avanzan”, 21 de enero de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=152358 accesado el 21 de enero de 2005.

³ *El Mostrador*, “PS y PPD reiteran rechazo a ‘empalme’ de causas de DDHH”, 24 de enero de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=152470 accesado el 23 de mayo de 2005.

⁴ AD 647-2004.

⁵ Considerando 2°.

⁶ Considerando 5°.

Citando a la doctrina, la Corte señaló que la falta de celeridad de un procedimiento conculca los principios de persecución penal adecuada del Estado de Derecho y se convierte en una forma de violación de los derechos humanos de los acusados,⁷ todo ello estando plasmado en la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile. Los Ministros Gálvez y Tapia fueron de la opinión que además debía ponerse fin a la dedicación exclusiva de los jueces designados atendidos los magros resultados.

No obstante concurrir a este acuerdo, la Ministra Morales, los Ministros Oyarzún y Rodríguez Espoz señalaron que la tardanza de estos procesos se debía a la nula colaboración de las instituciones que participaron de estos hechos,⁸ a la entrega de pistas falsas, así como a la falta de colaboración de los involucrados, todos ellos agentes del Estado. Señalan que no debe perderse de vista que la incertidumbre del paradero de los detenidos desaparecidos ha afectado igualmente a los familiares de las víctimas, quienes “visualizan como ilusoria la protección que el ordenamiento jurídico les garantiza”. Por ello, llaman a todos los poderes del Estado a colaborar en dar una respuesta integral y llamando a los organismos auxiliares a prestar toda su colaboración.

Los Ministros disidentes de este acuerdo, Benquis y Pérez, señalaron que si bien el artículo 79 de la Constitución Política le confiere a la Corte Suprema las facultades de superintendencia directiva, correccional y económica de los tribunales del país, el artículo 73 de la Carta Fundamental establece el principio de independencia de los tribunales.⁹ De esta manera, la decisión de la Corte Suprema de establecer una fecha de cierre de los sumarios atentaría contra tal principio y que además podría ser evaluada como una medida que “favorece la impunidad de personas inculpadas”.

Esta medida provocó que muchos actores políticos y el Poder Judicial se pusieran a la defensiva ante una medida que era vista por muchos sectores como un virtual “punto final”. El Presidente de la Corte Suprema, Marcos Libedinsky, negó que el propósi-

⁷ Considerando 9°.

⁸ Incluyen al Servicio Médico Legal entre uno de los responsables.

⁹ “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”.

to de la medida fuera un punto final, pues argumentó que los jueces si contaban con nuevos antecedentes podrían reabrir los procesos que se hubieran sobreesido temporalmente.¹⁰

La medida de la Corte Suprema produjo reacciones de todo tipo. Las más relevantes, a nuestro juicio, provinieron precisamente del ámbito judicial. La directiva de la Asociación Regional Metropolitana de Jueces, que agrupa a más de 150 magistrados, distribuyó una declaración pública entre sus pares, rechazando el acuerdo adoptado por la Corte Suprema.¹¹ El rechazo se fundó en que la medida adoptada carece de fundamento legal y atenta contra el principio de independencia interna de los jueces, independencia que, a juicio de los declarantes, forma parte del derecho a un debido proceso.¹²

Otras opiniones del ámbito judicial apuntaron a que esta medida era además inconstitucional, y que de haber funcionado el Tribunal Constitucional adecuadamente, ello no debió haber sucedido.¹³

La Corte Suprema, apenas conocida la declaración, convocó al Pleno para estudiar los antecedentes curriculares de la directiva firmante y determinó aplicar una medida disciplinaria de una censura por escrito. Por su parte, la Junta Nacional de Presidentes de la Asociación Nacional de Magistrados envió un acuerdo reservado a la Corte Suprema apoyando a los pares firmantes, por lo cual no sólo la medida que podría conducir a la impunidad como las medidas coercitivas en contra de los jueces inferiores eran percibidas negativamente.

¹⁰ *El Mostrador*, "Suprema fijó plazo de seis meses para cerrar causas de DDHH", 25 de enero de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=152520.

¹¹ *El Mostrador*, "En rebeldía Asociación Regional de Magistrados: Jueces de Santiago rechazan cerrar causas de DDHH en seis meses", 2 de febrero de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=153026. Firmaron la declaración los jueces Mario Carroza, Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago, Pablo Droppelmann, Juez del 7º Juzgado del Crimen de Santiago, Ricardo Núñez, Carolina Vásquez y Nora Rossatti, relatores de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *El Mostrador*, "Suprema sancionó a cinco jueces por criticar el cierre de sumarios en DDHH", 5 de abril de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=156698 accesado el 23 de mayo de 2005.

La medida disciplinaria contó con la disidencia de los Ministros José Benquis y José Luís Pérez.¹⁴ Todo esto se sumó al hecho de que otro juez también fue sancionado por sus opiniones vertidas en un trabajo académico sobre el rol del Poder Judicial y la protección de los derechos humanos durante la dictadura.¹⁵ (quedamos con Lovera, que él trataría el tema, y no yo) La Corte Suprema estimó que la situación ameritaba una sanción “por falta de tino, prudencia y moderación, elemental respeto y consideración que revelan tanto la pretensión de impartir instrucciones a la máxima autoridad”.¹⁶ Respecto de esta última sanción, también se produjo la disidencia de cuatro jueces de la Corte Suprema (Enrique Cury, José Benquis, Nibaldo Segura y José Luís Pérez), quienes sostuvieron que aplicar una sanción significaría menoscabar el derecho a la protección a la libertad de emitir opiniones establecida en la Constitución, libertad que, a juicio del Ministro Benquis, debe primar por sobre la facultad correctiva de la Corte Suprema.¹⁷

El todavía entonces Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Juan Guzmán criticó la medida públicamente, calificándola como inconstitucional. Esto generó una fuerte reacción del Ministro de la Corte Suprema Hernán Álvarez, quien sostuvo que “era una falta de respeto que se suponga que nosotros [miembros de la Corte Suprema] estemos violando la Constitución”.¹⁸

Por su parte, el Ministro de la Corte de Apelaciones Alejandro Solís solicitó a la Corte de Apelaciones de Santiago poder continuar con su trabajo de investigación después del plazo señalado.¹⁹

La comunidad de abogados de derechos humanos, las agrupaciones de familiares de las víctimas y organizaciones internacionales como la Asociación Americana de Juristas repudiaron la

¹⁵ Como se detalla en el Capítulo sobre Sistema Judicial y Derechos Humanos, este juez cursó un diplomado sobre gobernabilidad y derechos humanos de la Universidad de Chile.

¹⁶ Ximena Marré, *La Tercera*, “Supremos acusan de falta de tino a juez”, 24 de mayo de 2005.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *El Mostrador*, “Dura respuesta de supremo a juez Guzmán por DDHH”, 12 de abril de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=157373 accesado el 23 de mayo de 2005.

¹⁹ *El Mostrador*, “Juez Solís pide continuar trabajo después del plazo dado por la Suprema”, 12 de abril de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=157307 accesado el 23 de mayo de 2005.

medida administrativa adoptada por la Corte Suprema.²⁰ Abogados de derechos humanos interpusieron un recurso de protección en contra de la decisión, el que fue rechazado por la Corte, argumentando que esta decisión no era susceptible de ser revisada por vía proteccional.²¹ La estrategia de los abogados de derechos humanos fue la de presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, argumentando que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, por lo cual no debiera restringirse el tiempo de investigación.²²

Lo que resulta paradójico es que ello ocurría al mismo tiempo en que Chile impulsaba una resolución sobre el derecho al recurso y a la reparación de los derechos humanos en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.²³ Así se podría sostener la incongruencia de las políticas impulsadas a nivel interno con un discurso protector de derechos a nivel internacional.

A finales de abril, el Ministro Joaquín Billard quien tiene a su cargo 52 procesos dio inicio al cierre de varios de ellos, en que los delitos estaban acreditados, pero no había suficientes antecedentes para la identificación de los responsables. Uno de esos casos correspondía a la muerte en 1988 de la joven socialista Susana Obando en Punta Arenas donde, según la familia de la mujer, estaría implicado el agregado militar en España y ex miembro de la CNI, coronel Rodolfo Ortega.²⁴

²⁰ La Asociación Americana de Juristas fue un órgano consultor de Naciones Unidas y señaló en su declaración que los crímenes aludidos afectan la conciencia universal, particularmente donde se ejerció la "Operación Cóndor" y, en consecuencia, no se puede aplicar criterios justificables para delitos comunes". *El Mostrador*, "Juristas americanos critican cierre de causa de DDHH", 3 de marzo de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154618 accesado el 23 de mayo de 2005.

²¹ *El Mostrador*, "DDHH: Corte declaró inadmisibles recursos contra plazos", 1 de febrero de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=153004 accesado el 23 de abril de 2006.

²² *El Mostrador*, "Recurrirán ante CIDH por plazos de cierre de causas de DDHH", 11 de abril de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=159240 accesado el 23 de mayo de 2005.

²³ *El Mostrador*, "ONU adopta propuesta chilena sobre víctimas de violaciones a los DDHH", 19 de abril de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=157947 accesado el 23 de mayo de 2005.

²⁴ Jacmel Cuevas y Carlos González, "Para cumplir con el plazo 'supremo' comienza cierre masivo de investigaciones por violaciones a los derechos humanos", *El Mostrador*, 28 de abril de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=158653 accesado el 23 de mayo de 2005.

Tres meses después de adoptada la decisión, el Pleno de la Corte Suprema dejó sin efecto la medida, reasignó las causas a menos jueces y puso fin a los magistrados con dedicación exclusiva.²⁵ El Ministro Hernán Álvarez –que había sido impulsor del cierre de los procesos– expresó que si la decisión se “condice con el sentir de la comunidad, nos sentimos muy complacidos”.²⁶

Resulta evidente que de no haber mediado una reacción de los propios jueces y una repercusión internacional, la Corte Suprema no hubiera modificado su medida. Lo que siguió a dicha modificación fue un gradual avance en la investigación, procesamiento y condena por una serie de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA

Como informáramos en el Informe Anual anterior, los tribunales fueron ensayando y reforzando la figura del secuestro permanente en varias de las detenciones y posteriores desapariciones de personas ocurridas en el período entre 1973 y 1978 (al cual se refiere la Ley de Amnistía). Lo central de este argumento es que, de haberse producido una detención ilegal ocurrida en el período cubierto por la amnistía, ésta no es aplicable, por cuanto no es posible establecer la fecha en que se puso término al secuestro o en la que se hubiera dado muerte a la persona secuestrada. Se funda además en el hecho de que no se puede establecer la data de muerte toda vez que el cuerpo de la víctima no ha sido hallado hasta la fecha. La Corte Suprema en el caso Sandoval confirmó el 2004 esta tesis.²⁷ Cabe subrayar que dicha tesis no descansa necesariamente en el supuesto de que la persona secuestrada se encuentre todavía viva, sino en que su secuestro podría haberse extendido hasta cualquier fecha posterior al 10 de abril de 1978.

Sin embargo, esta tesis no ha sido seguida por todos los jueces, los que en algunos casos han determinado aplicar la amnistía.

²⁵ Carolina Valenzuela, Cinthia Carvajal y David Muñoz, “Suprema redistribuye procesos de DDHH”, *La Tercera*, 7 de mayo de 2005.

²⁶ *El Mostrador*, “Corte Suprema deja sin efecto polémico plazo”, 7 de mayo de 2005 en <http://www.elmostrador.cl> accesado 23 de mayo de 2005.

²⁷ Pronunciada por la 5ª Sala de la Corte Suprema, Rol 517-2004, dictada el 17 de noviembre de 2004.

Caso de Diana Aarón

El juez de fuero Alejandro Solís ha seguido la tesis del secuestro permanente en los términos reseñados en los dos casos en que dictó condenas en el 2005: el caso Aarón y el caso Chihuío. En el primero de ellos, condenó en el mes de mayo a la plana mayor de la DINA, conformada por Manuel Contreras, Miguel Krassnoff Martchenko, Pedro Espinoza y Marcelo Morén Brito, así como a Osvaldo Romo Mena, por el secuestro y desaparición de Diana Aarón. Ella fue detenida por la DINA en noviembre de 1974 y fue vista última vez en el campo de prisiones de 4 Álamos en enero de 1975.²⁸ Sin embargo, la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la condena con voto dividido y aplicó la ley de amnistía.²⁹

La mayoría, conformada por el Ministro Víctor Montiglio y la abogada integrante Ángela Radovic, estimaron que si bien estaba acreditada la detención y secuestro, el “delito investigado solo mantuvo su estado consumativo dentro del período señalado el 18 de noviembre de 1974 y 20 de enero de 1975”³⁰ y que de acuerdo a una serie de testimonios, la mujer fue herida a bala y que habría muerto en enero de 1975 a manos de sus captores. Así, los jueces de apelación establecen una fecha de muerte –comienzos de 1975–, la que se encuentra cubierta por la ley de amnistía, aun cuando no fuera hallado el cuerpo de la víctima.³¹

Los jueces de apelación desestimaron que la aplicación de la amnistía fuera incompatible con el Derecho Internacional Humanitario, específicamente con los Convenios de Ginebra.³² En

²⁸ Manuel Contreras y Miguel Krassnoff Martchenko fueron condenados a 15 años mientras que Pedro Espinoza, Marcelo Morén Brito y Osvaldo Romo a 10 años.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 14.020-2004 Caso Aarón, 1, de junio de 2005 dictada por los Ministros Víctor Montiglio, Carlos Gajardo (voto disidente) y la abogada integrante Ángela Radovic.

³⁰ *Ibid.*, considerando 2°.

³¹ En un fallo similar, la Corte Suprema, en una conformación de la 2ª Sala Penal que no fue la habitual, revocó la condena de unos oficiales que habrían fusilado a dos civiles en el Regimiento Húsares de Angol. El juez de primera instancia había aplicado la prescripción, pero la Corte de Apelaciones revocó condenando a 10 años y un día. La Corte Suprema vuelve sobre la tesis de que no habría fundamento para estimar la existencia de un secuestro, toda vez que habría elementos para señalar que las personas fueron efectivamente fusiladas. Jacmel Cuevas, “DDHH: Suprema desestima tratados internacionales y aplica prescripción”, 5 de agosto de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=161205 accesado el 21 de enero de 2006.

³² El voto de minoría no entrega un razonamiento, salvo la confirmación de la sentencia apelada y que reduce las condenas a 10 años a Contreras y Krassnoff, y a Pedro Espinoza, Morén Brito y a Romo Tapia a 5 años cada uno.

primer término, la Corte señala que esta legislación no es aplicable porque Chile no experimentó un conflicto armado de aquellos regulados por dichos instrumentos internacionales. Incluso argumenta que el Derecho Internacional no rechaza la aplicación de amnistía. Para ello sostiene que el Protocolo Adicional II del Convenio de Ginebra no prohíbe la amnistía ni señala que los delitos no serán amnistiables, sino por el contrario, que al haber cese de las hostilidades de los conflictos internos, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado.

Advertimos dos problemas en esta argumentación. En primer lugar, la Corte establece que el Derecho Internacional Humanitario no es aplicable, para lo cual sostiene que no hubo un conflicto interno, aun cuando el soporte jurídico del régimen militar se basó en decretar un estado de guerra, de aquellos que sí están bajo el amparo del Derecho Internacional Humanitario. En segundo lugar, invoca el Derecho Internacional para legitimar la aplicación de la amnistía. Sobre este punto, la Corte desconoce la doctrina y el desarrollo jurisprudencial sobre una correcta interpretación y aplicación de ésta. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conociendo de las denuncias por la aplicación de la Ley de Amnistía, señaló:

“20. La Comisión considera que sería absurdo pretender que el usurpador y sus seguidores pudieran invocar los principios del Derecho Constitucional, que ellos violaron, para obtener los beneficios de la seguridad que sólo es justificable y merecida para quienes se ajustan rigurosamente a ese orden. Lo actuado por el usurpador no puede tener validez ni es legítimo en sí mismo ni en beneficio de los funcionarios ilegales o de facto. Porque si quienes colaboran con dichos gobiernos tienen asegurada la impunidad de su conducta, obtenida bajo un régimen usurpador e ilegítimo, no habría diferencia entre lo legal y lo ilegal, entre lo constitucional e inconstitucional, y entre lo democrático y lo autoritario”.

[...]

41. El problema de las amnistías ha sido considerado por la Comisión en diversas oportunidades, por reclamos contra Estados partes en la Convención Americana que en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido a éstas dejando en desamparo a un sector dentro del que se hallan muchas víctimas inocentes de la violencia, las que se ven privadas del derecho a la justi-

cia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra.

42. La Comisión reiteradamente ha señalado que la aplicación de las amnistías hace ineficaces y sin valor las obligaciones internacionales de los Estados partes impuestas por el artículo 1.1 de la Convención; en consecuencia constituyen una violación de dicho artículo y eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia tales derechos, cual es el enjuiciamiento y castigo a los responsables".³³

De acuerdo al Derecho Internacional, la utilización de la amnistía es improcedente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, como es el caso de la amnistía chilena. Además, como como potencial instrumento de pacificación política y social debe atenderse al contexto en que ella surge. La dictación de una amnistía resulta contraria a los estándares internacionales cuando es dictada por la propia autoridad que se concede un auto perdón por sus crímenes.

Los abogados de los amnistiados sostienen que la tesis de la Corte antes detallada corresponde a la correcta aplicación de la amnistía, cuestión que es compartida por los sectores políticos de Derecha.³⁴ Por su parte, los abogados de derechos humanos alegan que es una involución,³⁵ opinión compartida por el Presidente de la Cámara de Diputados Gabriel Ascencio.³⁶

Caso Chihuío

En este caso, el Ministro Alejandro Solís condenó a dos ex uniformados por el secuestro calificado de 17 personas en 1973. El Ministro Solís estableció que en la localidad de Chihuío, en el sur de Chile, funcionarios del Ejército y Carabineros secuestraron a

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 25/98, CASOS 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705_contra Chile, 7 de abril de 1998 en www.cidh.org/annualrep/97span/chile11.505.htm accesado el 20 de abril de 2006.

³⁴ Libertad y Desarrollo, Justicia y Derechos Humanos: la importancia de la Independencia, Temas Públicos, N° 712, 4 marzo de 2005.

³⁵ Jacmel Cuevas, "Corte aplica amnistía en caso de secuestro y absuelve a ex DINA", *El Mostrador*, 1 de junio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=161205 accesado el 22 de julio de 2005.

³⁶ *El Mostrador*, "Diputado Gabriel Ascencio pidió a Suprema revocar fallo aberrante", 2 de junio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=161290.

campesinos del sindicato “Esperanza del Obrero”, sindicados por el dueño del fundo de la familia González Torres como agitadores. Los campesinos, posteriormente fueron asesinados y sus cadáveres enterrados, los que no se han podido encontrar por cuanto hubo una operación de exhumación de los cadáveres en años posteriores, de acuerdo al testimonio de un testigo de oídas.

Hubo un solo sobreviviente de la matanza quien pudo dar su testimonio. Entre las víctimas se encontraba un niño, por lo cual, el Ministro Solís aplicó una condena de 15 años de presidio para el capitán en retiro Luís Osorio Gardanich por el secuestro calificado de 16 personas y otros tres años por el delito de sustracción de menores. El sargento en retiro Luis Eduardo Chavarría fue condenado a 10 años por el secuestro calificado de 4 personas.³⁷

Caso de la desaparición de Víctor Olea, Mario Carrasco y Julia Retamal

Una tercera tesis sobre el secuestro y la amnistía fue formulada en 2005 por el juez Juan Fuentes Belmar, quien condenó a Manuel Contreras, Raúl Iturriaga Neuman, Gerardo Urrich González, Alejandro Molina y Risiere Altez España como autores del secuestro y desaparición de Víctor Olea y Mario Carrasco.

La sentencia determina que los días 11 y 16 de septiembre de 1974 Víctor Olea y Mario Carrasco fueron detenidos por agentes de la DINA. Ambos eran militantes del Partido Socialista. Mario Carrasco tenía 16 años al momento de su detención. El último paradero conocido para estas personas fue el centro de detención conocido como la “Discoteque” o la “Venda Sexy”.³⁸

El juez estimó que se trató de un secuestro calificado. En su razonamiento señaló que por aplicación de un criterio objetivo, lógico, racional y realista el secuestro no pudo seguir consumándose más allá del 11 de marzo de 1990. Como establece en la sentencia, a partir de esa fecha los organismos policiales fueron sometidos al control y supervigilancia directa de la auto-

³⁷ *El Mostrador*, “Juez Solís condena a dos ex uniformados por el secuestro de 17 personas”, 25 de junio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=162797 accesado el 22 de julio de 2005.

³⁸ Este fue un centro de detención y tortura de la DINA que se encontraba en una zona residencial de Santiago. Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Informe de la Comisión Valech, Ministerio del Interior, Santiago, 2004, p. 443.

ridad administrativa y democrática y por ello el secuestro no se podría prolongar por sobre esa fecha.

El juez Fuentes Belmar aplicó la media prescripción o prescripción gradual, esto es el beneficio que se otorga por haber transcurrido un tiempo relevante entre la consumación del delito y la fecha de inicio de la acción penal. Consideró además que no hubo agravantes y las circunstancias atenuantes de los condenados las consideró como muy calificadas. Aplicó penas de 4 años para Contreras, Neuman, Urrich y Molina, y de 800 días de libertad vigilada a Risiere Altez España.³⁹

Destaca la disparidad de criterios entre el juez Solís y Fuente Belmar atendido al hecho de que los casos tuvieron como víctimas a menores de edad, y que el juez Fuentes considerara como muy calificadas las atenuantes de responsabilidad penal de los condenados.

El juez Fuentes reiteró su doctrina en el caso de la profesora detenida y desaparecida Julia Retamal Sepúlveda, quien fue llevada hasta Villa Grimaldi en 1976 y sometida a torturas, lugar desde el cual se pierde el rastro de su paradero. Al igual que en el caso Olea y Carrasco, este fallo señaló:

“[Q]ue a partir del 11 de marzo de 1990, asumió el poder de la Nación un Gobierno Democrático, comenzando a funcionar en plenitud todas las instituciones establecidas en la Constitución de 1980 y a imperar las garantías individuales, quedando todos los organismos policiales bajo el control y supervigilancia directa de la autoridad administrativa, por lo cual necesariamente debe concluirse con un criterio objetivo, lógico, racional y realista, que la privación de libertad de la víctima sólo se pudo mantener hasta el 11 de marzo de 1990, no siendo razonable ni posible, por la sola circunstancia de ignorarse su paradero, prolongarla más allá de ese evento, siendo esta fecha la que debe considerarse para la consumación del delito de secuestro de Julia del Rosario Retamal Sepúlveda. Estimarlo de otro modo sería apartarse de los principios de realidad y razonabilidad que el Juez está obligado a respetar en el cumplimiento de su función jurisdiccional, cuya finalidad es obtener la verdad material.”⁴⁰

³⁹ *El Mostrador*, “Ministro aplica nueva tesis en fallo sobre violación de DD.HH”, 7 de julio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=163475 accesado el 7 de julio de 2005.

⁴⁰ Considerando Décimo Octavo, sentencia del juez Juan Fuentes Belmar en causa rol 3947-2002, 14 de noviembre de 2005.

Por esta desaparición se condenó a Manuel Contreras Sepúlveda a tres años y un día de presidio y al Coronel en retiro Carlos López Tapia. La baja condena se explica atendiendo a que el juez aplicó la prescripción gradual, la que fundamenta señalando que la acción penal no fue ejercida en contra de los condenados sino hasta 1996, por lo cual ya habría transcurrido más de la mitad del tiempo que exige el artículo 94 del Código Penal para declarar la prescripción. Este caso fue apelado por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

Una cuestión discutible de las condenas del juez Fuentes Belmar, además de considerar que los delitos prescriban, es el beneficio que otorga a los condenados, especialmente Contreras y Urrich y otros por irreprochable conducta anterior. En virtud de ello, al condenado López Tapia se le concedió el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena, por lo cual quedó sujeto a la medida de observación de la autoridad de Gendarmería de Chile.

El criterio dominante de los jueces sobre la aplicación de esta atenuante es que no se trata de una calificación moral en abstracto, sino que se considera la ausencia de condenas anteriores para que el juez la conceda.⁴¹ En la parte expositiva del fallo por el secuestro de Julia Retamal se señala expresamente que Contreras está condenado,⁴² por lo cual no es sustentable considerar su "irreprochable conducta anterior" y que menos aún se la tenga como muy calificada. Por igual motivo, Contreras no podría ser sujeto de los beneficios alternativos a la prisión contemplados en la Ley 18.216.

Bajo este panorama, no es posible aún establecer cuál será la tendencia que adoptará la Corte Suprema sobre la aplicación de la amnistía, pues todos los casos reseñados han sido apelados. Sin embargo, pudiera ser que los jueces tengan mayor disposición a fijar el criterio de la amnistía del juez Solís dado que hasta el cierre de este informe, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema continuaban una línea de fallos que confirman el desafuero y procesa-

⁴¹ Cabe destacar que el juez Bañados no concedió esta atenuante a Manuel Contreras, Pedro Espinoza en el caso del asesinato de Orlando Letelier, pues si bien no había condena previa en contra de los condenados, existía documentada información sobre su participación en los organismos de seguridad y violaciones a los derechos humanos.

⁴² Identifica al efecto los procesos 1-1991 de la Excma Corte Suprema y causa rol 2182-98 denominado caso "Grimaldi".

miento de Pinochet tanto en crímenes de desaparición, ejecución como de tortura contra sus opositores y que la Corte Suprema ha desarrollado de una manera más detallada cómo debiera entenderse las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

LOS PROCESOS CONTRA PINOCHET

Durante 2005 se continuó avanzando, como ha sido la constante en los últimos años, en los juicios para establecer las responsabilidades penales de Augusto Pinochet. Al cierre de este capítulo no sólo se habían adelantado las investigaciones respecto suyo en varios casos paradigmáticos de violaciones a los derechos humanos, sino que también en procesos vinculados a corrupción y enriquecimiento ilícito, arrastrando incluso a su familia por los cargos de evasión tributaria.⁴³

No obstante, hasta la fecha Pinochet pudo sortear exitosamente ser procesado en el caso Caravana de la Muerte y en el caso Prats.⁴⁴ Así, si bien los querellantes obtuvieron el desafuero de Pinochet por el caso Prats mediante resolución del Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago en enero de 2005, declarándose que se abriera una causa en contra suya, en el mes de marzo el Pleno de la Corte Suprema revocó dicha decisión, declarando que “por haber existido un pronunciamiento previo en orden a rechazar un desafuero que afectaba a Augusto Pinochet Ugarte por los mismos hechos, no se hace lugar a lo solicitado por la parte querellante...”⁴⁵ y ordenó al juez de primera sobreseerlo.

Otras personas, como Manuel Contreras, Pedro Espinoza, Raúl Iturriaga, José Zara, Jorge Iturriaga, Mariana Callejas, Christopher Willikie y Reginaldo Valdés, están procesados en el caso Prats. Se espera que los primeros meses del 2006 el juez Solís cierre el sumario y dicte sentencia.⁴⁶ Este asesinato que ocurrió en Buenos Aires en 1974, y que presenta características

⁴³ Malú Urzúa, “Cerdeza procesa a hijos y esposa de Pinochet por evadir impuestos por \$1.000 millones”, *La Tercera*, 24 de enero de 2006, p. 6.

⁴⁴ Sentencia de Alejandro Solís, 1 de abril de 2005 en causa rol “2182-98” Carlos Prats González en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=156518 accesado el 20 de enero de 2006.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *La Tercera*, “Ministro Solís detona bomba con mecanismo utilizado para matar al general Prats y su esposa”, 15 de octubre de 2005, p. 10.

similares al del asesinato de Orlando Letelier y Ronnie Moffit en Washington, D.C. en 1976, tiene al ex agente de la DINA Mario Arancibia Clavel cumpliendo condena de presidio perpetuo en Argentina.⁴⁷

Operación Colombo o el caso de los 119

Uno de los casos que involucra el secuestro y desaparición de numerosas personas es el de la “Operación Colombo”, que investigó el Ministro Juan Guzmán Tapia hasta su retiro del Poder Judicial y que quedó luego en manos del Ministro Víctor Montiglio.

Esta operación comunicacional de desinformación se ejecutó en los años '70 a través de medios en Chile⁴⁸, Argentina y Brasil fue montada y fue consignada en el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Éste detalla que la revista Argentina “Lea” y el diario brasileño “Novo O Dia”, creados o reactivados para ese solo efecto, publicaron, respectivamente, una nómina de 59 y 60 personas pretendidamente muertas en pugnas internas del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR).⁴⁹ La aparición de cadáveres en Argentina con cédulas de los detenidos desaparecidos chilenos Luis Alberto Guendelman, Juan Carlos Perelman y Jaime Robotham fue posteriormente acreditada como un montaje y denunciado como tal por la Vicaría de la Solidaridad en su época. Los cuerpos no correspondían a esas personas, y las cédulas de identidad fueron falsificadas y con evidentes errores en sus nombres.

En una estrecha votación (de 11 votos contra 10), la Corte de Apelaciones de Santiago en junio de 2005 resolvió quitarle la inmunidad a Pinochet respecto de este caso. La Corte Suprema, también en votación dividida, confirmó el fallo el 14 de septiembre de 2005. Los disidentes señalaron que la causa madre 2182-98

⁴⁷ *El Mostrador*, “Caso Prats: Corte Argentina ratifica pena de Arancibia Clavel”, 8 de marzo de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154845 accesado el 23 de enero de 2005.

⁴⁸ En Chile se informó en un diario de Talca sobre los enfrentamientos de Argentina.

⁴⁹ Ricardo Moreno, “Suprema confirma desafiado de Pinochet por Operación Colombo”, *La Tercera*, 14 de septiembre de 2005 en http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_5664_159408676,00.html accesado el 14 de septiembre de 2005.

—que incluía “Caravana de la Muerte”— había sido separada en cuadernos por su complejidad, ya que abarcaba un gran número de sucesos y que debía aplicarse el mismo criterio, es decir, sobreseer a Pinochet en virtud de los antecedentes médicos de demencia subcortical que fundarían su incapacidad para defenderse adecuadamente en un juicio.

Señala el voto en que una de esas investigaciones era el “viaje efectuado por el ex General de Ejército Sergio Arellano Stark, a diversas regiones del país” —conocida como Caravana de la Muerte— el que dio lugar al desafuero de Pinochet, pero que la Corte determinó sobreseerlo “luego de concluir que la enfermedad mental incurable que lo afectaba lo inhabilitaba para que se sustanciara proceso en su contra, y que no podía ser sujeto idóneo para sostener una relación procesal penal, por estar afectada su capacidad procesal de ejercicio”.⁵⁰ Pese a que la disidencia fundó su voto en la enfermedad incurable de Pinochet, estuvieron de acuerdo para que a Pinochet se le practicaran nuevos exámenes médicos antes de desaforarlo.

Los nuevos exámenes médicos a Pinochet establecen de parte de los peritos del Servicio Médico Legal que Pinochet muestra elementos de simulación respecto a sus condiciones de salud mental.

El 24 de noviembre, el juez Víctor Montiglio procesó a Augusto Pinochet como coautor del secuestro calificado de seis de los 119 detenidos desaparecidos en manos de la DINA.⁵¹ Este procesamiento se amplió el 5 de diciembre de 2005 por el secuestro de otras tres personas,⁵² en tanto que rechazó procesarlo por el secuestro de otras cuatro personas⁵³ cuyos casos fueron resueltos por la justicia militar. Sobre este punto, Montiglio sostuvo que se produjo cosa juzgada.⁵⁴

El contexto en que la Corte Suprema mantiene firme el procesamiento en contra de Pinochet es de relevancia. El juez Montiglio,

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, voto en contra de los Ministros Tapia, Gálvez, Rodríguez Ariztía, Cury, Kokisch y Ballesteros, 14 de septiembre de 2005, rol 3840-05.

⁵¹ Se trata de Carlos y Aldo Pérez Vargas, Bernardo de Castro, Roberto Aranda, Modesto Espinoza y Manuel Acuña.

⁵² Antonio Cabezas, Juan Carlos Perelmann y Héctor Garay.

⁵³ Arturo Barrios Araneda, Juan Chacón Olivares, Carmen Bueno Cifuentes y Jorge Miller Silva.

⁵⁴ *La Tercera*, “Montiglio procesa a Pinochet por otros tres secuestros calificados”, 6 de diciembre de 2005, p. 8 y *La Tercera*, “Operación Colombo: Corte de Apelaciones rechazó recurso de amparo a favor de Pinochet”, 26 de diciembre de 2005.

a expresa petición de Manuel Contreras,⁵⁵ realiza un careo entre los dos procesados. Pinochet al declarar ante el juez Montiglio señaló no recordar muchas de las preguntas, entre ellas si Contreras le rendía en forma exclusiva cuenta de las actividades, pero sin embargo agregó “que muchas veces había que sacarle [a Contreras] con tirabuzón la información porque no decía nada o mentía”.⁵⁶

Pese a la aparente falta de recuerdos dijo que él había prohibido la tortura y que si la hubo, él no lo sabía. Interrogado sobre lo declarado por Contreras en el sentido de que la jefatura de la DINA, respondía al Presidente de la Junta y posteriormente, al Presidente de la República (ambos cargos ejercidos por Pinochet), respondió:

*“No me acuerdo, pero no es cierto. No es cierto, y si fuese cierto, no me acuerdo. A Contreras le gustaba tener engatusado, envuelto al jefe, para poder meter sus cosas”.*⁵⁷

Pinochet insistió que las cosas no funcionan por verticalidad de mando, sino que el jefe de seguridad sabe cómo se hacen las cosas, y el jefe de seguridad es quien da las órdenes, indicando a Contreras.⁵⁸ Las respuestas de Pinochet dieron muestras evidentes de entender claramente de la materia de la que se trataba en el careo.

El histórico careo se produjo a finales de noviembre. En esa instancia Manuel Contreras mantuvo su versión de que la DINA dependía en una primera época de la Junta de Gobierno y en una segunda directamente de Pinochet.⁵⁹ Este último sólo contestó que no era el jefe de seguridad y que la Junta se enteraba de las novedades a través de informes escritos, aun cuando reconoció que en su caso pudo haber sido personalmente.⁶⁰

Contreras mantuvo su declaración señalando que cumplía las órdenes de Pinochet.⁶¹ La defensa de Contreras declaró a los me-

⁵⁵ Héctor Cossio, “Contreras ‘indignado’ con acusación de Pinochet sobre ofrecimiento económico”, 18 de noviembre de 2005, p. 6.

⁵⁶ Extracto de la declaración de Augusto Pinochet citado por Héctor Cossio, “Pinochet: ‘Dios me perdonará si me excedí alguna vez, que no creo’”, *La Tercera*, 17 de noviembre de 2005, p. 11.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *La Segunda*, “El careo entre Pinochet y Contreras”, 22 de noviembre de 2005, p. 2.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.*

dios de comunicación que el careo permitió que al juez Montiglio no le quedara duda de que quien daba las órdenes era Pinochet.⁶²

En este contexto, la defensa de Pinochet no pudo revocar el auto de procesamiento, ni tampoco la orden de prontuariarlo ni el arresto domiciliario que pesaba en su contra por la Operación Colombo.⁶³

El caso Riggs y las ventas ilegales de armas a Croacia

El Informe Anual anterior dio cuenta de la investigación que se siguió en contra de Pinochet, su familia, y personal administrativo y militar más cercano, luego del informe del Senado de Estados Unidos que estableciera millonarias cuentas suyas en ese país.⁶⁴

La meticulosa investigación realizada por el juez Sergio Muñoz reveló que no sólo Augusto Pinochet, sino también su mujer Lucía Hiriart, su hijo Marco Antonio Pinochet, su albacea Oscar Aitken, su secretaria Mónica Ananías y la plana mayor de la Casa Militar fueron los principales protagonistas. La fortuna de Pinochet se calcula actualmente en 27 millones de dólares.

Curiosamente, Pinochet, quien se ha declarado ante el juez Cerda como un hombre “ahorrativo”, intentó involucrar en su enriquecimiento ilícito a Manuel Contreras. En efecto, en el interrogatorio que llevó a cabo Víctor Montiglio por la investigación de la Operación Colombo y ante las preguntas de la relación con Contreras, la disolución de la DINA y la posterior creación de la CNI, Pinochet le señaló al Ministro:

“Manuel Contreras a mi parecer quiso tomar el país, pero no me acuerdo. No sé si sería así, pero acusó hasta frailes este gallo [Contreras] con fotografías de haber estado con prostitutas. Yo saqué a Contreras porque estaba creando problemas que yo había prohibido. Tengo que haber sido yo, porque el único que lo podía mover

⁶² *La Tercera*, “Abogado de Contreras: tras interrogatorio quedó claro que ‘el general Pinochet era jefe de la DINA’”, 29 de noviembre de 2005, p. 8.

⁶³ Carmen Gloria Vitalic y Agencias, “Pinochet sufre nueva derrota en la Suprema”, 27 de diciembre de 2005 en <http://www.latercera.cl> accesado el 27 de diciembre de 2005 y Héctor Cossio, “Juez ordena histórico fichaje a Pinochet por Operación Colombo”, *La Tercera*, 29 de diciembre de 2005, p. 6.

⁶⁴ Informe Anual de Derechos Humanos 2005. Hechos del 2004, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 240-245.

*era yo. Me acuerdo por qué lo saqué. Me ofreció unos depósitos de fondos en el extranjero y yo lo saqué por eso. Yo rechacé el ofrecimiento que me hizo".*⁶⁵

Esta declaración –que llegó al conocimiento público– provocó una reacción de Contreras, quien señaló a la prensa que “ésta es otra salvajada” de Pinochet.⁶⁶ En una entrevista posterior al ca-reo, Manuel Contreras relató que antes que éste se iniciara, Pinochet le dio excusas y le dijo, “Me trapiqué...es todo falso lo que dije respecto de un depósito en el extranjero”.⁶⁷

Las millonarias cuentas de Pinochet en el extranjero estarían vinculadas, a juicio del Consejo de Defensa del Estado, al negocio de venta de armas y la desviación de dineros reservados de la Casa Militar.⁶⁸ La venta de armas son parte de operaciones lícitas e ilícitas realizadas por el Ejército, FAMAE y las Fuerzas Armadas. Así, según el Consejo, la compra de material para el Ejército de 200 tanques Leopard y de 22 carros Mowag dan cuenta de depósitos de parte de las empresas vendedoras o controladoras de las operaciones a cuentas de Pinochet por concepto de comisiones.⁶⁹

Algo similar se habría podido detectar con la compra de los aviones Mirage-4 en 1994, en que la empresa holandesa habría hecho depósitos a Pinochet. Las cuentas a las que se hicieron los depósitos eran de propiedad de distintos directivos a cargo de FAMAE, todos ellos de alguna manera vinculados a Pinochet directamente o a su albacea Óscar Aitken quien fue asesor de FAMAE.⁷⁰

Si bien el caso Riggs es una investigación por enriquecimiento ilícito, ella comprende la investigación de una serie de delitos para la consumación de éste. Así, se ha investigado a Pinochet por evasión tributaria, tenencia de pasaportes falsos (algunos de los cuales corresponden a una serie de pasaportes que fueron roba-

⁶⁵ Extracto de la declaración de Augusto Pinochet citado por Héctor Cossio, “Pinochet: ‘Dios me perdonará si me excedí alguna vez, que no creo’”, *La Tercera*, 17 de noviembre de 2005, p. 11.

⁶⁶ Héctor Cossio, “Contreras ‘indignado’”, *Op. cit.*

⁶⁷ Francisco Artaza, “Pinochet siempre dijo que él era el jefe de la DINA”, *Reportajes, La Tercera*, 27 de noviembre de 2005, p. 16.

⁶⁸ Héctor Cossio y Malú Urzúa, “Desafuero Riggs: CDE vincula origen de fortuna de Pinochet a negocios de armas”, *La Tercera*, 14 de octubre de 2005, p. 6.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

dos de las Oficinas del Registro Civil en 1991), y adulteración de instrumento público (una carta con el membrete de la Subsecretaría de Guerra para acreditar ingresos en 2002 y presentada al Banco Riggs en Estados Unidos y una declaración notarial irregular sobre sus bienes realizada en 1989 cuando dejó La Moneda).⁷¹

Por todos estos hechos Pinochet fue desaforado y sometido a proceso por el juez Carlos Cerda el 23 de noviembre de 2005, determinando que por la avanzada edad del ex General se le concedería la libertad bajo fianza, de 12 millones de pesos.⁷² Este procesamiento fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego extendido a la figura de malversación de caudales públicos que relaciona a los generales en retiro Guillermo Garín, Jorge Ballerino y el coronel en retiro Gustavo Collao en las operaciones de transferir fondos reservados a las cuentas de Pinochet.⁷³ A diferencia del juez Muñoz, quien no habría dictado los procesamientos por encontrarse los delitos prescritos, Cerda seguiría una tesis distinta cual es dictar los procesamientos, investigar y eventualmente aplicar la prescripción.⁷⁴

El único hecho en virtud del cual Pinochet no fue desaforado fue por el delito de “depositario alzado”, esto es, realizar maniobras destinadas a evitar el cumplimiento de las medidas cautelares dispuestas por el Juzgado de Instrucción de Madrid. La Corte Suprema en votación dividida declaró que la carta rogatoria enviada por el tribunal español no había obtenido el exequátur necesario para que tuviera efecto en Chile.⁷⁵ De allí que el Ministro Rodríguez Espoz sostuvo que votaba por no revocar la petición del Ministro, pues ello traería como consecuencia el sobreseimiento legal y definitivo de Pinochet en ese delito.

Al cierre de este informe, Pinochet fue además procesado por la falsificación de la firma de su mujer Lucía Hiriart en una serie de cheques. Su defensa sostuvo que es común en las parejas la falsificación de firmas entre cónyuges.

El caso más complejo en la trama de ventas de armas es el que involucra el envío ilegal de armas a Croacia, país sobre el cual

⁷¹ *La Tercera*, “Caso Riggs: juez Cerda apunta investigación a ex jefes de Casa Militar”, 29 de noviembre de 2005, p. 10.

⁷² Auto de procesamiento dictado por el Ministro Carlos Cerda, causa rol N° 1649-2004 el 23 de noviembre de 2005.

⁷³ *La Tercera*, “Caso Riggs: juez Cerda apunta investigación a ex jefes de Casa Militar”, 29 de noviembre de 2005.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema, rol 3988-2005 del 25 de octubre de 2005.

pesaba en la época (comienzos de los 90s) una orden internacional prohibiendo la adquisición de material bélico. Esta operación se encubrió a través de supuestos envíos a Sri Lanka que fueron detectados en Europa. La venta consistió en despachar material del Ejército que se dio de baja y que para poder ser retirado de los regimientos requería, como señaló el ex director de FAMAE Letelier Skinner, la expresa autorización del entonces Comandante en Jefe del Ejército, es decir, de Pinochet.⁷⁶

La investigación de este caso –por el cual dos personas de menor rango fueron condenadas por la justicia militar– está vinculada con el asesinato del General Hüber. Este general, cercano a Pinochet, desapareció en el Cajón del Maipo y su cuerpo apareció 20 días después en el río del mismo nombre en 1991 luego de que la justicia estuviera investigando esta venta. El Ejército y el DINE en su momento insistieron en la versión de que Hüber se habría suicidado. La jueza que investigó originalmente también llegó a esta conclusión.

Al reabrirse la investigación del caso Hüber, la Corte nombró a Claudio Pavez como Ministro en Visita, para que determinara, entre otros aspectos, acaso la muerte de Hüber involucraría a Pinochet, quien podría haber tenido interés de que no se conocieran los detalles de las operaciones de la venta de armas. De allí que el caso Riggs no sólo abriera una caja de pandora sobre la corrupción de Pinochet y su familia, sino respecto de una serie de delitos cometidos para encubrir estos hechos.

Villa Grimaldi

El caso de Villa Grimaldi consiste en la investigación del secuestro y desaparición de 36 personas y 23 casos de tortura en dicho Centro de detención de la DINA, donde se practicaba de manera sistemática la tortura y desde el cual desaparecieron numerosas personas.⁷⁷ El juez Solís –quien desarrolla la investigación– dictó procesamientos por secuestro, detención ilegal, desaparición y torturas.⁷⁸ Aun cuando la investigación tiene como

⁷⁶ Héctor Cossio y Malú Urzúa, “Desafuero Riggs: CDE vincula origen de fortuna de Pinochet a negocios de armas”, *La Tercera*, 14 de octubre de 2005, p. 6.

⁷⁷ Informe Comisión de Prisión Política y Tortura, Op. cit. p. 444.

⁷⁸ *La Tercera*, “Caso Villa Grimaldi. Piden nuevo desafuero de Augusto Pinochet”, 14 de septiembre de 2005, p. 7. Esta investigación afecta a Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Morén Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Zapata, Osvaldo Romo Mena, Conrado Pacheco Cárdenas.

eje a la DINA, los abogados querellantes solicitaron la ampliación del procesamiento y solicitaron el desafuero de Augusto Pinochet.

Fundamentaron su petición en la existencia de antecedentes del proceso que acreditan que Pinochet estaba en pleno conocimiento de lo que sucedía en ese centro de detención y en que era además el superior jerárquico y jefe de la DINA.⁷⁹ Los querellantes sostienen que pese a que la DINA dependía formalmente de la Junta Militar de Gobierno (la cual, por lo demás, era encabezada en la época por Pinochet), en los hechos sólo respondía a Pinochet en su calidad de Presidente de la Junta y Comandante en Jefe del Ejército.⁸⁰ El Ministro de Fiero, Alejandro Solís, acogió el desafuero, atendidos los testimonios del inculpado Manuel Contreras además de otros miembros del aparato de seguridad en este y otros procesos en que se detalla el *modus operandi* del servicio represivo. En efecto, el testimonio de Manuel Contreras (quien ratificó un documento elaborado por él denominado "Introducción a la entrega de documento que demuestra las verdaderas responsabilidades de las instituciones de la Defensa nacional en la lucha contra el terrorismo en Chile") señaló que "[j]amás en mi Organización, se realizó actividad alguna que no fuera ordenada o debida y oportunamente informada a mi Superior jerárquico, el Presidente de la República".⁸¹

A su vez, Ricardo Lawrence Mires, ex agente de la DINA sometido a proceso por el caso de "Calle Conferencia",⁸² señaló que Pinochet estaba en pleno conocimiento de las operaciones, y que en una ocasión lo vio en el cuartel "Casa de Piedra" ubicado en el Cajón del Maipo. Lawrence fue testigo cuando Pinochet llegó al lugar para reunirse con Víctor Díaz (por ese entonces Secretario General del Partido Comunista y desaparecido con posterioridad a dicha detención), con quien Pinochet sostuvo una conversación.⁸³

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Sentencia de desafuero, considerando 2°, Rol 2182-98 "Villa Grimaldi", 7 de octubre de 2005, dictada por el Ministro de Fiero Alejandro Solís Muñoz.

⁸¹ Citado en *Ibíd.*, considerando 2°, I.

⁸² La detención y desaparición de la cúpula del Comité Central del Partido Comunista en mayo de 1976. En este proceso se investiga la desaparición de Jorge Muñoz, marido de Gladys Marín, Mario Zamorano, Elisa Escobar, Donato Donaire.

⁸³ Considerando 2°, II del desafuero "Villa Grimaldi", Op. Cit.

Con esos elementos el juez Solís solicitó el desafuero a Pinochet por este caso, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago por 13 votos contra cinco.

COMISIÓN VALECH: LAS INDEMNIZACIONES POR TORTURAS Y DETENCIONES ARBITRARIAS

La publicación del Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura en el 2004 constituyó el primer paso en el reconocimiento de una de las formas más recurrentes de violaciones a los derechos humanos desarrollada por la dictadura de Pinochet.

Aun cuando el reporte entregó una nómina de más de 27.000 víctimas que comparecieron y fueron calificadas por esta Comisión, más de 7.000 casos adicionales quedaron pendientes. Se abrió un proceso de apelación o reconsideración a fin de que los interesados entregaran más antecedentes, que le permitieran a la Comisión alcanzar la convicción necesaria para calificarlos.⁸⁴

A finales de abril de 2005, la Comisión recalificó 1.201 casos, con lo cual la nómina de víctimas reconocidas ascendió a 28.456 personas.⁸⁵ Más de 7 mil personas solicitaron una reconsideración, pero sólo un 16% obtuvo una decisión en que la Comisión alcanzara la convicción de que la persona estuvo sometida a prisión o tortura.

A las críticas que apuntaron a distintos aspectos del proceso, se sumaron las de grupos que reclamaron por el breve plazo y demandaron la inclusión de víctimas que por distintas razones no comparecieron para entregar sus testimonios⁸⁶. En esta situación está una agrupación de ex menores de edad víctimas de represión, quienes argumentaron que por desconocimiento sobre

⁸⁴ En este sentido véase el Informe Anual de Derechos Humanos 2005. Hechos del 2004 que detalla todo el proceso y calificación de la Comisión, pp.

⁸⁵ *El Mostrador*, "Informe Valech: 1.201 fueron incorporados tras recalificación", 1 de junio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=161198 accesado el 21 de enero de 2006.

⁸⁶ Felipe Portales, Ricardo Frodden, Beatriz Brinkmann y Sergio Laurenti, "Los aspectos pendientes de la Comisión Valech", Opinión, La Nación, 5 de julio de 2005, p. 10. En lo medular, demandan al gobierno que se reabra indefinidamente el plazo para que las víctimas puedan concurrir para ser calificadas, independiente del lugar y tiempo de detención, que se acepten la totalidad de las propuestas de la Comisión y se elimine legislativamente la cláusula que impide el acceso al Poder Judicial de las denuncias recibidas por tortura.

los criterios que usaría la Comisión, decenas de personas que siendo niños estuvieron en prisión con sus progenitores no concurren a dar sus testimonios y con ello quedaron fuera de la nómina de víctimas reconocidas.⁸⁷ Por ello solicitaron al Ejecutivo la apertura del plazo e interpusieron una acción de protección ante la negativa del gobierno.⁸⁸

El informe de reconsideración que debía ser emitido al final de abril incorporó a algunos menores, cuestión que no estuvo exenta de discusión al interior de la Comisión, pues algunos de sus miembros sostuvieron que estas personas no habían concurrido personalmente a la Comisión y era posible sostener que no se sintieran víctimas de prisión política o tortura.⁸⁹ En todo caso, el criterio que imperó fue el de que los menores –hoy todos adultos– serían reconocidos como víctimas sólo en la medida en que sus padres los hubieran mencionado al momento de declarar. De esta manera la nueva nómina incorporó a 87 personas que sufrieron prisión cuando niños.

La situación del grupo de ex menores que no fue acogida ni por el gobierno ni por los tribunales, terminó en una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se acusa al Estado de Chile de haber violado dos veces los derechos de estas víctimas.⁹⁰ Así, los peticionarios sostienen que el Estado primero violó sus derechos al haber sido sometidos a prisión junto a sus padres y luego al negárseles la calidad de víctimas por el Estado y con ello la posibilidad de reparación.

⁸⁷ *El Mostrador*, “Agrupación de Ex Menores de Edad Víctimas de Prisión Política y Tortura dice tener antecedentes de que un centenar de víctimas quedaron excluidas del informe difundido en noviembre pasado”, 29 de marzo de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticia/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=156275 accesado el 29 de marzo de 2005.

⁸⁸ *El Mostrador*, “Piden reapertura de la Comisión Valech por aparición de 164 nuevos casos”, 28 de mayo de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticia/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=160917 accesado el 21 de enero de 2006.

⁸⁹ Es más, algunos consideraron que no podía pensarse que los niños estaban privados de libertad cuando ello sucedía para mantener el vínculo madre e hijo como ocurre en las cárceles de mujeres. Estimamos que este es un razonamiento que no prosperó, pero que resulta débil, pues la presencia de niños en las cárceles o en los centros de detención y tortura no obedeció de parte de los captores bajo la premisa de protección del vínculo, sino muy por el contrario a la posibilidad de utilizar a los niños, su posible daño como una forma de presión y tortura hacia los padres.

⁹⁰ *La Tercera*, “Interponen queja contra Estado chileno por Informe Valech”, 17 de septiembre de 2005, p. 8.

Si el plazo fue materia de discusión pública durante el 2005, tal como lo adelantáramos en el Informe Anual anterior, la reserva de la información por un plazo de 50 años impuesta por el Ejecutivo y refrendada en la ley de reparación a las víctimas tampoco quedó fuera del debate.

En el contexto de la presentación de una querrela en contra de Pinochet y del ex Ministro del Interior Sergio Fernández por torturas, se presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la disposición legal que consagra dicha reserva. Además, el Ministro instructor Joaquín Billard ofició a la Comisión Valech solicitando antecedentes, lo cual fue rechazado por ésta.⁹¹ La Fiscal de la Corte Suprema remitió un informe validando la reserva establecida en la ley.⁹² Finalmente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue rechazado.

Posteriormente los querellantes ampliaron la querrela, haciéndola extensiva al Presidente Ricardo Lagos y a José Miguel Insulza (Ministro del Interior al momento de la dictación de la ley), por prevaricación, abuso contra particulares y obstrucción a la justicia. El juez Alejandro Solís no dio curso a esta acción, señalando que la reserva está establecida en la ley, que otros cuerpos legales establecen el secreto o materias reservadas como la Ley General de Bancos y el Código Tributario, y que la reserva no ha sido un límite para que él haya dictado autos de procesamientos en contra de Manuel Contreras y otros miembros de la DINA por el caso de “Tejas Verdes” y en un proceso denominado “Chacaltana”.⁹³ El primero de ellos será analizado más adelante.

Es previsible que este tema termine con algún pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, una de las cuestiones a evaluarse es si el artículo 15 de la Ley 19.992 es o no un obstáculo para el ejercicio del derecho que le asiste a las víctimas en busca de justicia ante los tribunales de la

⁹¹ Jacmel Cuevas, “Justicia analizará legalidad de reserva para testimonios de Informe Valech”, *El Mostrador*, 8 de marzo de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154846 accesado el 23 de mayo de 2005.

⁹² Jacmel Cuevas, “Fiscal de la Suprema respalda reserva de testimonios ante Comisión Valech”, *El Mostrador*, 15 de junio de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=162120 accesado el 21 de enero de 2005.

⁹³ X.M.V. “Secreto de Comisión Valech: Solís no da curso a una acción contra Lagos”, *El Mercurio* online, 12 de julio de 2005.

República. Dicho artículo dispone que “mientras rija el secreto previsto en este artículo, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a los señalado en el inciso primero de este artículo, sin perjuicio del derecho que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia”.

Se podría argumentar que no fue la intención de los legisladores privar a las víctimas de su derecho a perseverar en la búsqueda de justicia; sin embargo, el efecto práctico de la redacción de la disposición antes citada, al incluir la voz “magistratura”, ha impedido que la información recabada en el marco de la Comisión pueda ser conocida por los jueces en investigaciones que ellos llevan adelante.

En este sentido, no debe confundirse la reserva de datos para proteger la honra y la vida privada de las personas con la posibilidad de que el Estado provea la información con la que cuenta en casos en que se han cometido delitos y que permita que los afectados puedan perseverar en una investigación para sancionar a los responsables en virtud de un proceso judicial.

La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos comprende la obligación de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Es relevante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que los Estados tienen la obligación de investigar seriamente las violaciones a los derechos humanos con todos los medios a su alcance, de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁹⁴

Como se ha dicho, el Informe de la Comisión Valech persiguió la reparación histórica a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, pero no tuvo el efecto de iniciar procesos judiciales ni de aplicar sanciones a quienes aparecieran como responsables. La reparación no puede estimarse satisfecha si no hay investigación judicial y una sanción cuando ésta proceda. El rol del juzgamiento y aplicación de sanción sólo será de competencia de los tribunales de justicia, los que deben contar con la información que permita una adecuada investigación de los casos.

Una adecuada interpretación, al menos desde el punto de vista del derecho a ejercer la acción, requiere que los tribunales ten-

⁹⁴ Velásquez Rodríguez, pág. 174.

gan acceso a la información que el Estado mantiene. Si se mantiene la lógica de la reserva a todo evento, podría ser un obstáculo a una investigación judicial eficaz. Ello en especial en casos de tortura, en los que el solo transcurso del tiempo dificulta aun más la investigación.

Aun cuando el inciso 3° del artículo 15 reconoce que es un derecho personal del afectado, o sus familiares cuando éste hubiera fallecido, pedir los documentos aportados y entregarlos o proporcionarlos a terceros, por ejemplo, a los tribunales de justicia, la carga de ese trabajo queda al arbitrio de la voluntad de los interesados. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que la obligación del Estado Parte “debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como el deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares o la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.⁹⁵

De esta manera, no se puede razonablemente esperar que miles de personas calificadas por la Comisión deban aunar esfuerzos en forma colectiva para mostrar los patrones de conducta, la sistematicidad de las violaciones ocurridas y el conjunto de personas involucradas como perpetradores en circunstancias de que toda esa información ya fue sistematizada.

No obstante lo anterior, el efecto de la reserva puede ser matizado, tal como sostiene el juez Alejandro Solís, que investiga el “caso Tejas Verdes”. Este proceso se inició con una querrela por torturas presentada por un grupo de víctimas. El juez Solís procesó por el delito de apremios ilegítimos a Manuel Contreras, Mario Jara, Nelson Valdés, David Miranda, Raúl Quintana, Patricio Laureano Carranca, Klaudio Kossiel, Jorge Núñez.⁹⁶ Las 43 víctimas relatan torturas sufridas en el Regimiento de Ingenieros Tejas Verdes y en Londres 38, que consistieron, principalmente, en la aplicación de electricidad, golpes, submarino seco y húmedo, pau de arara, el potro, quemaduras en pies, extracción de uñas e inserción de agujas en pies y debajo de uñas, violación sexual, y utilización de arañas y ratones en vaginas y cuerpos de mujeres.

En la parte expositiva del auto de procesamiento, el juez adopta la definición de tortura de la Convención de la ONU en la mate-

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Auto de procesamiento, Rol 2182-1998, Tejas Verdes, 7 de febrero de 2005, dictado por el Ministro de Fuero Alejandro Solís.

ria y señala que los antecedentes que la prohíben se encuentran en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, el que establece que es un delito de lesa humanidad e incluye "todo acto inhumano cometido contra las poblaciones civiles", todo lo cual fue refrendado en los Convenios de Ginebra, suscritos por Chile. Así, el juez adelanta que la tortura es una norma de *ius cogens*, es decir una norma imperativa de derecho internacional general aceptada por el conjunto de la comunidad internacional.⁹⁷ Al señalar que las bases normativas para sancionar la tortura se encuentra en los Convenios de Ginebra evitará que los casos sean desestimados con el argumento de que la Convención contra la Tortura no podría ser aplicable por hechos acaecidos antes de su adopción por Chile.

Al efecto, el juez Solís señala que los crímenes de lesa humanidad cuentan con un régimen especial respecto de la prescripción, amnistía y punición, por lo cual es esperable que no se aplique ni la amnistía ni las reglas de prescripción del Derecho Penal común en estos delitos si se cuenta con elementos suficientes para condenar a los procesados.

LA PARTICIPACIÓN DE CIVILES EN LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Una arista nueva en los procesos de derechos humanos por secuestro, desaparición, asesinato y tortura es el involucramiento de civiles en tales violaciones. Como se señalara en acápite anteriores, abogados de derechos humanos presentaron querellas por violaciones a los derechos humanos que involucran a ex ministros del área política del gobierno militar. Uno de ellos fue Sergio Fernández, quien fuera Ministro del Interior y hasta 2005 senador por la UDI (Unión Demócrata Independiente). La querella por la Operación Cóndor presentada por el abogado Eduardo Contreras intentó dilucidar la responsabilidad que le podría caer a Fernández como cómplice o encubridor de los crímenes ocurridos entre 1978 y 1982.⁹⁸

⁹⁷ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define en el artículo 59 en qué consiste una norma de *ius cogens*.

⁹⁸ *El Mostrador*, "Operación Cóndor: Solicitan desafuero de senador Sergio Fernández", 23 de febrero de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos_noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154162 y M. Urzúa, "Juez Guzmán pide desafuero de senador Sergio Fernández", *La Tercera*, 17 de marzo de 2005, p. 8.

El abogado Contreras señaló que existen suficientes antecedentes en la investigación de la Operación Cóndor que demuestran la participación de Fernández. De hecho, él habría recibido personalmente antecedentes por parte de la Vicaría de la Solidaridad sobre 478 casos de detenciones ilegales cometidas por la CNI.⁹⁹

Sergio Fernández, por su parte, al igual que otros civiles, rechazó haber contado con información o “datos concretos” que le permitieran conocer violaciones a los derechos humanos durante la época en que fue ministro, responsabilizando a los servicios de seguridad por haber sido desinformado.¹⁰⁰

Sin embargo, en el expediente se encuentra un oficio del ex Director de la CNI, General Odlanier Mena, fechado el 14 de junio de 1979, donde éste informa a un tribunal que “no puede responder sobre requerimientos de detenidos, ya que “el mismo ministro Sergio Fernández reiteró las instrucciones relativas a la entrega de información por parte de la CNI a tribunales. Toda información ...debe ser solicitada a través del Ministerio del Interior”.¹⁰¹ El Pleno de la Corte de Apelaciones en voto dividido (13-11) determinó no dar lugar a la solicitud de desafuero (el cual se requería por ser Fernández Senador). La minoría determinó que no era posible que no estuviera enterado.¹⁰²

Por otra parte, César Raúl Benavides y Enrique Montero Marx –ambos también ex Ministros del Interior– fueron sometidos a proceso como cómplices del secuestro de 20 personas en la Operación Colombo por el juez Juan Guzmán.¹⁰³ Posteriormente la Séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el procesamiento.¹⁰⁴

⁹⁹ *El Mostrador*, “Operación Cóndor”, *Ibíd.*

¹⁰⁰ *El Mostrador*, “Fernández reitera que no conoció de violaciones a DDHH”, 1 de marzo de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154476 accesado 21 de enero de 2006.

¹⁰¹ M. Urzúa, “Juez Guzmán pide desafuero de senador Sergio Fernández”, *Op. cit.*

¹⁰² Jacmel Cuevas, “Corte de Apelaciones rechazó desafuero de Senador UDI Sergio Fernández”, *El Mostrador*, 27 de abril de 2004 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=158549 accesado el 21 de enero de 2006.

¹⁰³ *El Mostrador*, “Corte confirma libertad para ex ministros de Pinochet”, 2 de marzo de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=154518 accesado el 21 de enero de 2006.

¹⁰⁴ *El Mostrador*, “Corte revoca procesamientos de ex ministros de Pinochet”, 31 de marzo de 2005, en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=156420 accesado el 21 de enero de 2006.

Una situación similar viven civiles parte del régimen cuando se dio la orden de “vengar” la muerte de los cinco escoltas de Pinochet luego de un atentado en su contra en 1986.¹⁰⁵ La investigación por la denominada “Operación Cobra” culminó con el asesinato de cuatro opositores al régimen de Pinochet.¹⁰⁶ Luego del atentado, según lo informa la prensa, se efectuó una reunión en La Moneda en que participó el General Humberto Gordon, entonces director de la CNI, y el Almirante José Toribio Merino; luego Gordon tuvo una reunión con Álvaro Corbalán, uno de los principales inculpados.¹⁰⁷

La participación de civiles salió a la luz pública por una entrevista que dio Francisco Javier Cuadra, ex Ministro de la Secretaría General de Gobierno, quien señaló haberle salvado la vida a Ricardo Lagos ordenando su detención a la Policía de Investigaciones.¹⁰⁸ Su versión es que había dado la orden porque ya tenía “un presentimiento” de que, luego del atentado, habían comenzado a aparecer muertos en distintos puntos de la capital.¹⁰⁹ Sin embargo, la versión resultaba inconsistente, pues la detención se habría producido antes de que hubiera noticias de la aparición de los primeros cuerpos, y sugeriría que Cuadra tenía antecedentes ciertos de lo que ocurría o estaba por ocurrir. Sin embargo, la versión del ex Ministro General de Gobierno en ese momento fue que las muertes se debían a purgas entre marxistas, un lenguaje idéntico al usado en las campañas de desinformación y represión en el caso de la Operación Colombo ya reseñado.

Los testimonios de Iván Quiroz y Jorge Vargas Bories, ambos autores confesos de los asesinatos de los cuatro opositores, desvirtúan la versión de Cuadra en el sentido de que el Presidente Lagos nunca estuvo entre sus objetivos.¹¹⁰

De allí que el rol del Ministro Dolmetsch sea examinar la cadena de mando –y encubrimiento– de estos asesinatos. Por ello el ministro instructor citó a declarar a los Ministros del Interior

¹⁰⁵ Héctor Cossio, “Procesan a 14 ex CNI por asesinatos en venganza por atentado a Pinochet en 1986”, *La Tercera*, 27 de octubre de 2005, p. 6.

¹⁰⁶ Se trató de Felipe Rivera, Gastón Vidaurrázaga, José Carrasco y Abraham Muskablit.

¹⁰⁷ *La Tercera*, “Querellante por asesinatos de 1986 dice que Pinochet dio la orden”, 29 de octubre de 2005, p. 12.

¹⁰⁸ Cossio, “Procesan a 14 ex CNI”, Op. Cit.

¹⁰⁹ Héctor Cossio, “Dolmetsch citará a ministros que estuvieron en La Moneda tras atentado a Pinochet”, *La Tercera*, 28 de octubre de 2005, p. 6.

¹¹⁰ Cossio, “Procesan a 14 ex CNI”, Op. Cit.

(Ricardo García), Secretaría General de Gobierno (Francisco Javier Cuadra) y Relaciones Exteriores (Jaime del Valle), así como al Subsecretario del Interior (Alberto Cardemil).¹¹¹

Por otra parte, casualmente, durante la remodelación de un edificio que fuera de la CNI se encontraron documentos y un organigrama de ese servicio de seguridad que no se conocían y que establecen que ella no sólo dependía de la Presidencia sino también del Ministerio del Interior.¹¹²

En el interrogatorio de Cuadra ante el juez instructor, él responsabilizó enteramente de los hechos al ex Director de la CNI Humberto Gordon y señaló no recordar que en la reunión en La Moneda hubiera participado el Almirante Merino. También negó haber confeccionado una lista para salvar a ciertas personas.¹¹³

Otro de los civiles, Alberto Cardemil, señaló en una entrevista sobre su participación que “cuando se decreta estado de sitio, todo se subordina a la autoridad militar”.¹¹⁴

Destaca en el patrón común de las declaraciones de Cuadra, Fernández y Cardemil ante las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que por años negaron y atribuyeron a una campaña de desprestigio del gobierno militar. Señalan, por ejemplo, que no tenían “antecedentes serios y concretos” para creer que había violaciones a los derechos humanos¹¹⁵, que los “antecedentes serios” los conocieron una vez que se publicó el Informe de Verdad y Reconciliación,¹¹⁶ o que los responsables fueron los militares.

El juez se encuentra en el absurdo de que los principales imputados están muertos –Gordon y Merino–, un segundo dice no recordar nada –Pinochet–, de que los civiles tenían presentimientos o no estaban al tanto de nada y que los ejecutores están

¹¹¹ Cossio, “Dolmescht citará”, Op. Cit.

¹¹² *La Tercera*, “Dolmestch indaga nuevos archivos de la CNI”, 1° de octubre de 2005, p. 11.

¹¹³ *El Mostrador*, “Cuadra culpa a fallecido general Gordon por represalias tras atentado”, 21 de noviembre de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=174298 accesado el 21 de enero de 2006.

¹¹⁴ Héctor Cossio, Dolmestch citará”, Op. Cit.

¹¹⁵ *El Mostrador*, “Fernández reitera que no conoció de violaciones a los DDHH”, Op. Cit.

¹¹⁶ Esta es la versión que Francisco Javier Cuadra dio a conocer ante la comunidad de la Universidad Diego Portales, institución en la que estuvo de Rector hasta que estallara el escándalo por sus declaraciones a la prensa y que significara su salida ante la presión de los distintos estamentos de la institución.

confesos de haber realizado los crímenes y de haber recibido las órdenes.

Sectores de la derecha que ya habían reaccionado consternados por el procesamiento de otros ex ministros civiles del régimen, señalaron que procesar a los civiles, simplemente por los cargos que ocuparon, crea “un precedente peligroso que puede tener insospechados alcances”.¹¹⁷

CASO ANFRUNS

Durante todo 2005, la reapertura del caso Anfruns cimentó esperanzas de que habría avances durante el año en la investigación. Sin embargo, a fines del año se hizo público el informe elaborado por la Brigada de Asuntos Especiales y Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones que echa abajo la teoría de secuestro, tortura y asesinato de Rodrigo Anfruns.¹¹⁸ El informe sostiene la tesis de que Patricio Pincheira Villalobos efectivamente habría dado muerte, presumiblemente en forma accidental, al niño Anfruns, añadiendo que la descomposición del cuerpo se retrasó porque el niño había ingerido penicilina días antes de su desaparición y desestimándose el relato de ex Carabinero Jorge Rodríguez quien afirma que vio cuando civiles colocaron el cuerpo del niño en el sitio donde fue encontrado.¹¹⁹ El abogado de la familia refutó las conclusiones alcanzadas y lamentó que Investigaciones hubiera asumido una postura de defensa institucional.

En situaciones anteriores la institución se ha visto arrastrada a desmentir categóricamente la participación de personal de sus filas en casos de derechos humanos, como fue la acusación de la ex prisionera política Odette Alegría quien acusó a Nelson Mery de haber participado en sesiones de tortura. Tanto Alegría como Mery coincidieron en que éste se encontraba cumpliendo labores en un recinto para prisiones en la ciudad de Linares.

Ante este nuevo escenario, el 2006 podría ser un año clave para ver qué resolverá la justicia sobre la base de las distintas pruebas que se allegarán al proceso.

¹¹⁷ Libertad y Desarrollo, “Justicia y Derechos Humanos: la importancia de la independencia”, Temas Públicos N° 712, 4 de marzo de 2005, p. 4.

¹¹⁸ H.C., “Anfruns: rechazan informe”, *La Tercera*, 3 de enero de 2006, p. 14.

¹¹⁹ *Ibid.*

COLONIA DIGNIDAD

Uno de los centros de detención y tortura consignados en el Informe Valech fue Colonia Dignidad¹²⁰ y la mayor cantidad de antecedentes judiciales sobre la utilización de ese lugar como centro de torturas se produjo durante el 2005 producto de las pesquisas judiciales del Ministro Jorge Zepeda.

De acuerdo a los registros de la Comisión Valech, a ese recinto llegaron varias decenas de personas que fueron detenidas y traídas desde distintos lugares de Chile. En algunos casos se consigna a Colonia Dignidad como el último paradero conocido de detenidos desaparecidos. Una de las personas que fue vista con vida por última vez en ese lugar fue el ex Diputado del Partido Socialista Carlos Lorca. Los familiares de éste presentaron una querrela en contra de Manuel Contreras y Paul Schäfer.¹²¹ Los relatos de las víctimas de represión y tortura concuerdan en que en ese lugar había un centro de torturas en un subterráneo, con pequeñas celdas a prueba de ruidos herméticamente cerradas.¹²²

Los avances de la investigación judicial constataron los lugares donde habrían permanecido los detenidos. Ello se habría logrado gracias a los testimonios de los colonos de la Villa Baviera, y también se habría ubicado el lugar donde estuvo una fosa común, lugar donde se realizaban excavaciones al cierre de este informe. Sin embargo, no hay expectativas de encontrar restos, dado que se presume se produjeron exhumaciones de los restos y su posterior destrucción en la llamada “Operación retiro de televisores”.¹²³

Los colonos han colaborado con las investigaciones –lo que podría ser una estrategia para enfrentar un difícil escenario judicial– y por ello se ha podido determinar con algún grado de precisión los lugares de detención y tortura en ese centro, además de haber encontrado laboratorios y arsenales de armas de alto calibre enterradas en el predio. Se hallaron además laboratorios

¹²⁰ Informe sobre Prisión Política y Tortura, Op. cit. p. 351

¹²¹ *El Mercurio*, “PS y familia aseguran que Lorca fue visto en Dignidad”, 6 de mayo de 2006.

¹²² Informe Valech, p. 351.

¹²³ Patricio Tapia, “Policía descubre laboratorio químico en bodega de ex Colonia Dignidad”, *La Tercera*, 26 de Noviembre de 2005, p. 39 y *La Nación*, “Zepeda ordena periciar reactivos encontrados en Colonia Dignidad”, 29 de noviembre de 2005.

fotográficos y fichas políticas de una serie de personas, muchas de las cuales eran opositoras al régimen militar.¹²⁴

Las relaciones entre la DINA y la Colonia eran férreas, pues los últimos hallazgos darían cuenta además de la fabricación de armas y la existencia de laboratorios químicos.¹²⁵ En un careo realizado por el Ministro Joaquín Billard entre Paul Schaefer y el médico Luis Peebles –torturado en 1975–, este último reconoció conocerlo, “pero no sabía de dónde” y que había autorizado para que los militares usaran el predio en ejercicios militares sin poder precisar qué tipo de ejercicios realizaban.¹²⁶ Schaeffer, sin embargo, no reconoció a Samuel Fuenzalida, un ex agente de la DINA que lo inculpa en la desaparición del mirista Álvaro Vallejos Villagrán.¹²⁷

Uno de los muertos en ese lugar sería un ex agente de la DINA de nombre Miguel Ángel Becerra, quien vivía en la Colonia Dignidad desde 1974 y realizaba operaciones de seguridad.¹²⁸ La relación entre este agente y los alemanes de la Colonia se remonta a 1972, cuando él era miembro del grupo Patria y Libertad y se encontró con miembros de Colonia Dignidad en un puente que coincidentemente planeaban sabotear. A partir de ese hecho acordaron que la Colonia fuera un cuartel general en la zona.¹²⁹

Becerra fue encontrado muerto por envenenamiento en un camino rural cercano a Colonia Dignidad luego de que hubiera señalado a su familia que se retiraba de la DINA y le manifestara su intención de dejar la Colonia.¹³⁰ La querrela por la muerte de Becerra fue interpuesta en 1989 y había sido sobreseída. Actualmente el proceso es uno de los que investiga el Ministro Jorge Zepeda, quien ya habría determinado que la muerte se produjo al interior de la Colonia y que el cuerpo fue dejado en un camino rural.¹³¹

¹²⁴ *La Tercera*, “Juez Zepeda seguirá excavaciones”, 17 de septiembre de 2005, p. 28.

¹²⁵ Patricio Tapia, “Policía descubre laboratorio químico”, Op. Cit.

¹²⁶ M. Urzúa, M. Sanhueza y F. Fuente, “Médico asegura que Schaefer admitió que facilitó la Colonia a los militares”, *La Tercera*, 16 de marzo de 2005.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ P. Carrera y P. Tapia, “La historia del agente de la DINA que fue envenenado en Colonia Dignidad”, *La Tercera*, 20 de noviembre de 2005, p. 26.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Patricio Tapia, “Juez prepara procesamientos por muerte de agente DINA en Colonia Dignidad”, *La Tercera*, 14 de noviembre de 2005, p. 17.

Después de 10 años de estar prófugo, Paul Schäfer, quien dirigió la Colonia como un virtual centro de detención obligada para sus residentes chilenos y alemanes, fue encontrado en Argentina, desde donde fue extraditado en un rápido procedimiento judicial. Al huir del país enfrentaba cargos por abuso sexual en contra de 26 niños.¹³² A ello se han sumado acusaciones por tortura a niños y adultos residentes de la Colonia. Por su parte, la Doctora Gisela Gruhlke se encuentra confesa de haber aplicado electroshocks y sedantes (valium 10 y modicate por vía oral e inyectable) a todas aquellas personas que fueran rebeldes, niños demasiado inquietos o adolescentes en el despertar sexual.¹³³ Ella estuvo a cargo del hospital de la Colonia por orden de Schäfer y era ayudada por el encargado de seguridad de la Colonia, Kart van Berg.¹³⁴

Los testimonios de torturas a niños han sido entregados al Parlamento Alemán, por uno de los fugados de la Colonia, Wolfgang Müller o Knesse, quien señala que el Dr. Hopp –actualmente a cargo de la Colonia– conocía de los tormentos que se aplicaban.¹³⁵

Se espera que en el curso del año 2006 se inicie la etapa de plenario o juzgamiento del ex jerarca alemán y sus colaboradores Gerhard Mücke y Karl van der Berg quienes fueron procesados en calidad de autores del secuestro calificado de tres personas.¹³⁶

Como se puede advertir, los avances en el 2005 han sido notorios no sólo respecto de casos que podrían estar cubiertos por la amnistía sino también por hechos posteriores a ésta. Así, en el caso de la Operación Albania, la operación de la CNI en los asesinatos a varios miembros del Frente Manuel Rodríguez en 1987, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia condenatoria a Álvaro Corbalán a quince años y un día.¹³⁷

¹³² P. Tapia, "Harmut Hopp: 'Me siento culpable y responsable', *La Tercera*, 21 de marzo de 2005, p. 20.

¹³³ C. Urzúa y H. Cossio y P. Tapia, "La historia de la pediatra que se puso al servicio de Schäfer para torturar niños", *La Tercera*, 31 de diciembre de 2005, p. 23.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *El Mostrador*, "Dictan nuevos procesamientos por secuestros en Colonia Dignidad", 31 de mayo de 2006 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=161098 accesado el 21 de enero de 2006.

¹³⁷ *El Mostrador*, "Operación Albania: defensa y querellantes recurrirán a la Suprema", 29 de diciembre de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=177334 accesado el 21 de enero de 2006.

Libertad de Expresión

INTRODUCCIÓN

Durante 2005 continuó desarrollándose el proceso que ha tenido lugar en los últimos años en materia de libertad de expresión, en el sentido de que se observa en Chile una ciudadanía mucho más vigorosa para hacer valer sus puntos de vista, tanto en lo que se refiere a la manifestación de sus preocupaciones y críticas en la esfera social y política, como a la de sus proyectos de vida personales. De este modo, aunque de manera todavía incipiente, se va abriendo espacio para una sociedad chilena más abierta y más diversa.¹

No obstante, la mayor irreverencia ciudadana respecto de las autoridades y figuras públicas y la mayor fortaleza de sus críticas y de sus demandas por transparencia ocasionan recurrentes choques con dichas autoridades y figuras. Aunque estas últimas, precisamente debido a la presión ciudadana, han tenido que continuar eliminando algunas restricciones a la libertad de expresión incompatibles con los tratados internacionales en la materia, se han seguido una serie de procesos judiciales contra ciudadanos por injurias a las autoridades y, en general, en casos que se refieren a temas de interés público.

Así, por una parte, en 2005 se produjeron una serie de transformaciones legales de signo positivo para la protección de este derecho. En este sentido destacan la derogación de las normas de

¹ Para un panorama más detallado acerca de la situación de este derecho en nuestro país, consúltese, Felipe González (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

desacato del Código Penal, el reconocimiento del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado a nivel constitucional, y la reducción de las limitaciones a la libertad de expresión bajo Estados de Excepción.

Por otro lado, y a pesar de los desarrollos mencionados, subsiste una serie de trabas legales y judiciales, y es recurrente el uso del Derecho Penal en casos en que existe un interés público envuelto, en contradicción con la normativa internacional en la materia.

No obstante estas restricciones, la sensación predominante en el debate público es que la discusión vigorosa ha llegado para quedarse, y que no podrá ser fácilmente removida por aquellas autoridades o grupos que así pretendan hacerlo.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara, dictada a fines de 2005, también debiera contribuir a un fortalecimiento de la libertad de expresión en Chile, al hacerse cargo de cuestiones como la censura judicial, las normas de desacato y la situación de los tribunales militares respecto de este derecho.

LA CENSURA JUDICIAL Y LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO DE HUMBERTO PALAMARA

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Humberto Palamara, dictado en noviembre de 2005 –y al cual ya se ha hecho mención en este Informe Anual a propósito de la justicia militar² puso de nuevo en el tapete público la cuestión de la censura judicial en Chile. Si bien la prohibición del libro “Ética y Servicios de Inteligencia” (del cual es autor Palamara) ocurrió en 1993, ella continúa en vigor hasta la actualidad, a la espera de que se haga efectiva la decisión de la Corte Interamericana. Palamara escribió el libro al momento de desempeñarse como funcionario a contrata de la Marina y anteriormente había sido oficial de Inteligencia de dicha institución.

La decisión de la Corte Interamericana pone de manifiesto nuevamente la inconsistencia entre la jurisprudencia chilena vigen-

² Véase el capítulo sobre Sistema Judicial y Derechos Humanos de este mismo Informe.

te, según la cual no constituye censura y el sistema interamericano, que establece que cualquier forma de medida preventiva de la libertad de expresión es una medida de censura. Cabe resaltar que en aplicación de la jurisprudencia chilena continúa prohibido asimismo otro libro, "Impunidad Diplomática", del periodista Francisco Martorell, respecto del cual también se pronunció el sistema interamericano (en este caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1996), disponiendo que su censura debía ser levantada, sin que hasta la fecha tal decisión haya sido hecha efectiva. Sin embargo, como en el caso del libro "Ética y Servicios de Inteligencia" se trata de una sentencia de la Corte y resultaría muchísimo más complejo para el Estado chileno a nivel internacional el no acatarla.

La Corte Interamericana enumera los siguientes actos de control al ejercicio de Humberto Palamara de difundir informaciones e ideas: "la prohibición de publicar el libro (...); la orden oral [del juez naval] de retirar 'todos los antecedentes del libro que hubiera en la imprenta' Ateli porque afectaba 'la seguridad nacional y la defensa nacional' (...), las incautaciones ordenadas y realizadas en dicha imprenta y en el domicilio del señor Palamara Iribarne (...); la supresión de la información electrónica de las computadoras del señor Palamara Iribarne y de la imprenta (...); las diligencias con el propósito de recuperar diversos ejemplares del libro que se encontraran en poder de varias personas (...); y la orden que prohibía al señor Palamara Iribarne 'hacer comentarios críticos' sobre el proceso al que estaba siendo sometido o sobre 'la imagen' de la Armada (...)".³ Según se aprecia del listado recién citado, la justicia militar chilena no sólo impidió la circulación del libro, sino que se llegó al extremo de borrar el disco duro del computador de su autor, eliminando el soporte electrónico de su obra y de prohibírsele emitir comentarios críticos sobre ciertos asuntos.

En forma unánime, la Corte Interamericana declaró violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la libertad de pensamiento y expresión, además de una serie de otros derechos. Como medidas reparatorias a dicha violación, la Corte ordenó lo siguiente en lo relacionado con la censura:

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 74.

“El Estado debe permitir al señor Humberto Palamara Iribarne la publicación de su libro, así como restituir todo el material del que fue privado (...);

“El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia (...) y la parte resolutoria de la misma (...);

“El Estado debe publicar íntegramente la presente Sentencia en el sitio web oficial del Estado, dentro del plazo de seis meses (...);

“El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión (...)”⁴

A raíz de una sentencia anterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso de la película “La Última Tentación de Cristo”) se derogó de la Constitución el último vestigio de censura previa que ella consagraba: la censura cinematográfica. Sin embargo, a nivel judicial no se ha llevado a cabo una adecuación a los estándares internacionales en la materia, puesto que con posterioridad a dicha derogación ha habido varios casos en los que se han censurado obras. Aunque los casos resultan cada vez menos recurrentes, la jurisprudencia que considera que las prohibiciones judiciales no constituyen censura continúa prevaleciendo en Chile. En ningún fallo la Corte Suprema ha acogido la jurisprudencia interamericana. La reciente sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara debiera servir de impulso para cambiar dicha jurisprudencia y hacerla acorde a los parámetros internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado.

NORMAS DE DESACATO: LO AVANZADO, LO PENDIENTE Y LA SENTENCIA DE PALAMARA

En el año 2005 se produjo un importante avance al derogarse las normas de desacato (que son aquellas que brindan una protección especial al honor de ciertas autoridades) contenidas en el Código Penal. La promesa de una derogación completa (efectuado por diversas autoridades en una serie de ocasiones al Relator

⁴ Ídem, párrafo 269.

Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana), quedó, sin embargo, en suspenso, al no incluirse la derogación de las normas de desacato del Código de Justicia Militar, a las que también se refiere la sentencia recaída en el caso Palamara, mencionada anteriormente.

Con la mencionada derogación se ha dado un paso más en el progresivo acotamiento de las normas de desacato en Chile desde que se iniciara la transición. Este proceso de derogación paulatina comenzó en 1991, como parte de las llamadas “Leyes Cumplido” (por el Ministro de Justicia del Gobierno de Patricio Aylwin, Francisco Cumplido), que modificó las normas de la Ley de Seguridad del Estado, retornándose en gran medida a las regulaciones existentes previo al Golpe Militar. La persistente aplicación de las normas de desacato de dicha Ley en una serie de casos emblemáticos durante la transición llevó a su derogación en el año 2001. Se mantuvieron, no obstante, normas de ese tipo en el Código Penal y el Código de Justicia Militar. La persecución judicial –en un caso en el que la presunta afectada era la Corte Suprema– contra Eduardo Yáñez condujo a la presentación de un Proyecto de Ley dirigido hacia la derogación de los remanentes de normas de desacato, concretándose finalmente esto, como antes se ha dicho, en lo referido al Código Penal.

En relación con esto último, sin embargo, cabe tener presente lo señalado por la Corte Interamericana, la que “nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera –añade la Corte– se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”.⁵

⁵ Ídem, párrafo 92.

La Corte Interamericana se refirió además a la subsistencia de las normas de desacato en el ámbito de la justicia militar. Cabe hacer notar que no sólo militares sino también civiles pueden caer dentro de la competencia de los tribunales militares bajo la normativa vigente. La Corte señala que “[d]e esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la Convención Americana”.⁶

Para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Palamara será, en consecuencia, imprescindible proceder a una derogación completa de las normas de desacato en Chile.

En este contexto de derogación progresiva de este tipo de normas, resulta casi inverosímil que continúen presentándose Proyectos de Ley como el sometido por el Diputado Maximiano Errázuriz en el curso de 2005. Conforme a dicho Proyecto, y según lo dispone su artículo único, “[q]uien denuncie al Presidente de la República, a un senador, diputado, Ministro de Estado o Subsecretario, Intendente o Gobernador o a un alcalde de un delito que no pueda probar, se hará acreedor a la sanción máxima contemplada para el mismo delito por esa persona denunciado”. En otras palabras, si alguien no pudiera probar una acusación contra alguna de las mencionadas autoridades de, por ejemplo, un delito de robo con intimidación, podría recibir una pena de hasta 20 años de presidio.

EL USO DEL DERECHO PENAL EN MATERIA DE EXPRESIÓN

A pesar de la tendencia progresiva a derogar las normas de desacato en Chile, el panorama de la protección de la libertad de expresión de los ciudadanos respecto de las autoridades y figuras públicas está lejos de hallarse consolidado. En este sentido, puede afirmarse que Chile sólo ha cumplido una parte de la tarea con la derogación casi completa de las normas de desacato,

⁶ Ídem, párrafo 93.

puesto que, conforme al Derecho Internacional, no es sólo que las autoridades públicas no deben hacerse merecedoras de una protección especial de su honra, sino que esta última debe ser menor que la de los ciudadanos corrientes. En otras palabras, las autoridades y figuras públicas al ocupar precisamente esa arena –la pública– se encuentran más expuestos a la crítica ciudadana, por acerba que ésta sea, y es legítimo que así ocurra.

En particular, en Chile se halla casi ausente del debate público –e, incluso del debate académico– la posibilidad de reducir significativamente el uso del Derecho Penal en materia de expresiones. Una iniciativa se planteó al respecto a comienzos de la presente década, cuando se comenzó a legislar acerca de la protección civil del honor, con el declarado propósito de dejar de lado el empleo de la herramienta penal al respecto, por lo gravosa que resulta. Sin embargo, como se ha detallado en Informes Anuales anteriores, dicho Proyecto de Ley se desvirtuó completamente, al establecer restricciones draconianas a la libertad de expresión, adicionales a las ya existentes y sin visos de reducir el ámbito de aplicación del Derecho Penal. El Proyecto, aprobado por la Cámara de Diputados en 2003, no ha experimentado avances posteriores en su tramitación, la que se halla prácticamente paralizada.

Una manera de avanzar de manera paulatina al respecto consistiría en despenalizar las expresiones emitidas en relación con autoridades y figuras públicas, reservando su tratamiento a la esfera del Derecho Civil, e incorporando en este ámbito, como lo ha señalado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, la doctrina de la real malicia. Conforme a esta doctrina, para establecer la responsabilidad de una persona por sus expresiones respecto de autoridades públicas, tales expresiones deberían ser manifiestamente negligentes o deliberadamente falsas.

Otro aspecto crítico dice relación con la tramitación de casos de injurias y calumnias bajo el sistema de justicia criminal reformado. Como se sabe, conforme a este nuevo sistema –en vigor actualmente en todo el país– se pretende, entre otros objetivos a alcanzar, una mayor celeridad de la justicia, para lo cual, como regla general (y casi absoluta) se lleva a cabo un juicio oral ante un tribunal colegiado, que es quien decide los casos. Sin embargo, no es esta la situación en relación con los delitos de injuria y calumnia. Tratándose de éstos, se opera mediante un juicio abreviado con un tribunal unipersonal.

Esto ha llevado en una serie de casos a que ellos hayan sido resueltos de manera sumaria, implicando serias restricciones a la posibilidad de defensa de los imputados. En especial, ello ocurre debido a la frecuente exigencia de que los imputados den prueba de la veracidad de sus dichos, lo que en un procedimiento abreviado suele resultarles especialmente difícil.

Al sumarse a lo anterior la falta de consideración por muchos tribunales chilenos de la relevancia del interés público en materia de libertad de expresión, así como de la doctrina de la "real malicia" se conforma un panorama en que dicha libertad se ve significativamente afectada.

Un caso de importancia en esta materia que se halla en tramitación en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el de Carlos Barahona. En marzo de 2005, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales presentó una denuncia ante el mencionado organismo, por la afectación del derecho a la libertad de expresión del Sr. Barahona, quien fuera condenado por el delito de injurias contra el entonces Senador Sergio Pérez. Como se explicara con más detalle en el Informe Anual anterior, Barahona, quien es un abogado que trabaja en temas ambientales, formuló una serie de apreciaciones respecto del papel que supuestamente desempeñaría el Senador Pérez en relación con la tala ilegal del Alerce en el sur del país. Por ello fue condenado en 2004. Se trata de un caso en el que las expresiones de Carlos Barahona eran de un claro interés público, lo cual no fue, sin embargo, considerado como un factor relevante por los tribunales chilenos. A nivel internacional la presencia de un interés público envuelto en los casos de libertad de expresión sí es considerada central, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷

ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Dentro del conjunto de reformas constitucionales aprobadas durante 2005 se incluyeron varias relativas a los Estados de Excepción Constitucional. Ellas comprendieron algunas referidas a la situación de la libertad de expresión bajo tales regímenes.

⁷ Entre la jurisprudencia más pertinente al respecto en el último tiempo se hallan, además del mencionado caso Palamara, los casos Herrera Ulloa y Canesse, seguidos contra Costa Rica y Paraguay, respectivamente.

Históricamente, las constituciones chilenas han puesto una serie de trabas al ejercicio de la libertad de expresión en Estados de Excepción, imponiendo así limitaciones adicionales a las existentes en períodos de normalidad constitucional. Si bien mediante la reforma de la Constitución que tuvo lugar en 1989 (como consecuencia de la derrota de Pinochet en el Plebiscito del año anterior) se modificaron las regulaciones sobre dichos Estados, hasta antes de las modificaciones incorporadas en 2005 el texto constitucional seguía vulnerando abiertamente en esta materia los tratados internacionales de los cuales Chile es parte, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el texto vigente hasta hace pocos meses eran numerosas las limitaciones a la libertad de expresión (refiriéndose a ella como libertad de información) y opinión contempladas en la Constitución para los Estados de Excepción. Así, en Estado de Asamblea (guerra exterior), se establecía de manera general que se podían restringir o suspender tales libertades, además de poder censurarse la correspondencia y las comunicaciones. En Estado de Sitio y en Estado de Catástrofe podía restringirse ambas libertades.

Conforme a las reformas incorporadas a la Constitución en 2005, en cambio, la libertad de expresión no podrá ser restringida ni en Estado de Catástrofe ni en Estado de Sitio. Únicamente podrá haber restricciones en el marco de un Estado de Asamblea, que corresponde a la situación de una guerra exterior, pero no de la manera genérica contemplada con anterioridad por la Constitución, sino sólo en lo referido a la posibilidad de “interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones” (artículo 41B).

El hecho de que se elimine la posibilidad de establecer limitaciones adicionales a las propias de períodos de normalidad constitucional tiene también un impacto muy significativo para la protección de los demás derechos humanos. Históricamente, tanto en Chile como en muchos otros países, los Estados de Excepción se han prestado para numerosos y frecuentes abusos, incluso cuando ellos han sido dictados por gobiernos elegidos democráticamente. En una importante medida, ello tiene que ver con la desinformación que usualmente acompaña a tales regímenes y que impide un control de la ciudadanía y de la oposición respecto de las medidas adoptadas por el Ejecutivo. La posibilidad de restringir la libertad de expresión en tales circunstancias ha solido ser una herramienta propicia para las autoridades, de modo

de mantener deliberadamente desinformada a la ciudadanía y extender así el uso de las medidas de excepción más allá de lo permitido por las normas constitucionales y legales.

A ello cabe añadir una modificación de carácter más general relativa a los Estados de Excepción, de la cual también se ve beneficiada la protección de la libertad de expresión. Ella se refiere al control judicial de las medidas adoptadas bajo tales Estados. Anteriormente, la Constitución establecía, en abierta contradicción con el Derecho Internacional, que los tribunales no podían entrar a calificar los fundamentos o circunstancias de hecho de dichas medidas.

El nuevo texto, en cambio, establece que “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda” (Art. 41 D).

Precisamente, la carencia de control judicial acerca del ejercicio de los poderes de excepción del Ejecutivo bajo estos regímenes ha sido otro factor decisivo para facilitar la comisión de abusos. El reconocimiento de tal control por la Constitución reformada viene a ser, en consecuencia, un importante paso adelante para garantizar que los poderes del Ejecutivo no se vuelvan omnímodos o absolutos durante la vigencia de Estados de Excepción.

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El acceso a la información es un tema reciente en Chile. Sólo en 1999 la denominada Ley sobre Probidad Administrativa⁸ incorporó referencias y procedimientos relativos al acceso a la información pública en poder del Estado. Y junto con el acceso a la información, en parte producto de denuncias sobre casos de corrupción que, se pensaba, eran ajenos a la cultura cívica chilena, la transparencia y la probidad comienzan a ser foco de atención de las diferentes organizaciones de la sociedad civil, y objeto de preocupación para la administración.⁹

⁸ Ley 19.653 (14 de diciembre 1999).

⁹ Y nos referimos, en especial, a la administración, pues era ésta la única obligada por las normas sobre acceso a la información. Poder Judicial y Legislativo quedaban fuera del ámbito de obligatoriedad de las normas relativas al procedimiento judicial para acceder a la información en poder del Estado.

Apenas se incorporaron las normas sobre acceso a la información se comienzan a presentar las primeras demandas. A la fecha, de la jurisprudencia acumulada, podemos decir que los tribunales de primera instancia (los juzgados civiles) han estado bastante llanos a admitir las solicitudes de acceso a la información. No así las cortes de Apelaciones que, prestando especial atención al decreto del Ejecutivo que restringió indebidamente las normas sobre acceso a la información, han realizado interpretaciones estrechas sobre cuál es la información a la cual se puede acceder. Y esa es una de las razones que explica el éxito relativo del derecho de acceso a la información. Apenas dictadas las normas sobre acceso a la información, el Ejecutivo decide reglamentar en forma extremadamente restrictiva las causales de reserva y secreto, impidiendo una real eficacia del derecho. A esa reglamentación del Ejecutivo siguió la dictación de más de 80 reglamentos de reserva y secreto de los diferentes servicios de la administración del Estado, que no dejaron hipótesis alguna fuera.

Tres casos en el sistema internacional, uno de ellos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han llamado la atención a Chile sobre el desarrollo de este derecho. El caso ante la Corte, que luego detallaremos, es el primer caso en que ésta tendrá la oportunidad de pronunciarse derechamente sobre el acceso a la información. Chile, así, puede convertirse en el primer Estado en ser condenado por el sistema interamericano de derechos humanos en un caso sobre acceso a la información.

El impacto no sólo se ha sentido en el Estado. La sociedad civil también ha asumido sus funciones. Desde hace un tiempo importantes agrupaciones han hecho uso del procedimiento de acceso a la información –no siempre con éxito– e incluso algunas ONGs especializadas en temas de acceso a la información han ocupado espacios preponderantes en las noticias nacionales.

Como veremos en este capítulo, la lógica con la cual se ha funcionado en Chile es la de concebir el derecho de acceso a la información como un derecho autónomo. Es decir, no como una contrapartida de la libertad de expresión –aunque desde luego, con importantes conexiones con ésta– y pese a la ausencia de reconocimiento constitucional.¹⁰

¹⁰ En efecto, una crítica a la reciente reforma constitucional es que sólo consagra una suerte de principio de publicidad, pero no un nuevo derecho (fundamental).

Durante 2005 el escenario del derecho de acceso a la información fue objeto de importantes discusiones y reformas. Sin ir más lejos, dentro de las reformas constitucionales promulgadas en septiembre de 2005 se incluye la de un nuevo artículo 8 el cual, apenas fue promulgado y publicado, produjo una serie de discusión y efectos inmediatos que acá repasaremos. Otros de los efectos que deberían producirse están por verse pues, como veremos, el nuevo precepto constitucional requiere para el establecimiento de reserva y secreto, una ley de quórum calificado.

Pese a los avances, lo preocupante es la forma en que la administración del Estado se comporta en Chile. Su práctica indica que, pese a las reformas de orden constitucional y legal, la cultura de los servicios es la de funcionar al margen del control ciudadano. Así, durante mayo de 2005 la Corporación Participa dio a conocer los resultados de un estudio que buscaba evaluar la práctica del derecho de acceso a la información. Dicho estudio se realizó simultáneamente en 10 países. Se enviaron un total de 140 pedidos de información a Ministerios, Municipios y Empresas Privadas que prestan servicios de utilidad pública. Chile ocupó el último lugar en los estándares de acceso a la información, por debajo de países como Macedonia, Argentina, Perú y Armenia. Del total de las veces en que la información fue solicitada, en el 69% de los casos no hubo ni siquiera una respuesta. Como contrapartida, sólo un 17% de las solicitudes obtuvieron respuesta satisfactoria.¹¹

Las encuestas y estudios no sólo alcanzaron y mostraron la escasa recepción de estándares de derechos humanos en la administración. El Poder Judicial también fue objeto de seguimientos cuyos resultados, al igual que en el caso anterior, muestran desconfianza desde la ciudadanía y bajos niveles de transparencia¹².

¹¹ Los resultados de ese estudio se encuentran disponibles en el sitio de la Corporación Participa en: <http://www.participa.cl/pdf/Preguntas%20y%20respuestas%203.6.05%20tablas.pdf>.

¹² Véase, VON BAER, Ena y MAZO, Bernardita, *Encuesta de Corrupción 2005: percepción y realidad*, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 90 (mayo), Santiago, 2005 (www.lyd.cl). La declaración del Pleno de ministros de la Corte Suprema, en respuesta a ese estudio que desestima por “no ser un estudio científico sobre el tema, dado que no cumple con los requisitos mínimos para ser considerada una encuesta representativa”, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.poderjudicial.cl/0.8/noticias/venot.php?id=670> (4 de julio de 2005).

En seguida revisaremos la reforma constitucional y las implicancias que trae aparejadas para el derecho de acceso a la información, tanto en el corto como en el largo plazo. Una de las del primer tipo, es la derogación automática de todos los reglamentos de los servicios públicos que establecían la reserva y secreto. Una de las segundas es la discusión que recién comienza sobre la forma en que se configurará la ley de quórum calificado que debe establecer la forma en que se deberá adoptar la reserva y secreto. También damos una mirada a los casos judiciales desarrollados durante el año, en materia de acceso a la información, así como a la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de Chile. Finalmente, damos una breve mirada al proyecto de ley que, al cierre de este informe, todavía se discutía en el Congreso Nacional.

REFORMA CONSTITUCIONAL: LA RESPUESTA INMEDIATA

Como hemos señalado en informes anuales anteriores, en el marco del 'estatuto' relativo al derecho de acceso a la información, conformado hasta septiembre de 2005 por la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado¹³ y el Decreto Supremo N° 26,¹⁴ los diferentes servicios públicos del Estado dictaron –desde 1999– más de 70 reglamentos sobre reserva y secreto de la información. La enorme cantidad de reglamentos sobre reserva y secreto redactados con causales sumamente amplias, no dejaban prácticamente ninguna situación fuera del manto de la reserva y el secreto. La regla general en el 'estatuto', la publicidad, había sido reemplazada por la práctica general de los servicios, el secreto y la reserva.¹⁵

¹³ Cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado se encuentra en el D.F.L. N° 1 (13 de diciembre de 2000).

¹⁴ D.S. N° 26, Sobre el Secreto y Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (7 de mayo 2001).

¹⁵ Véase, CONTESSÉ, Jorge, *La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile*, en GONZÁLEZ, Felipe (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2005. Un listado con los más de 80 reglamentos (derogados por la reforma), en: <http://www.proacceso.cl/normativa.html> (13 de septiembre 2005).

Mencionamos en el informe anterior que, en ese contexto, Contraloría General de la República había dictado un importante dictamen por medio del cual instruía a los diferentes servicios de la administración a adecuar sus reglamentos al 'estatuto sobre acceso a la información'. Especial reproche recibieron, en ese dictamen, la existencia de causales genéricas. A pesar de que ese dictamen fue comunicado a los diferentes servicios de la administración del Estado,¹⁶ éstos siguieron operando con sus diferentes reglamentos de reserva y secreto. Por esta razón, una agrupación de ciudadanos solicitó el inicio de un procedimiento administrativo ante el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para que coordinara la derogación o modificación de los reglamentos de reserva y secreto de los órganos de la administración. Esa solicitud fue rechazada y, la reposición, desestimada por cuestiones formales.¹⁷

A mediados de 2005 el escenario cambiaría radicalmente. Dentro del conjunto de reformas constitucionales aprobadas durante 2005, se incluyó un nuevo artículo 8º, que dispone:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”¹⁸.

Estas modificaciones plantean un nuevo escenario para el derecho de acceso a la información en Chile. La pregunta inmediata que surge es ¿qué ocurre con la normativa vigente (reseñada algunos párrafos más arriba)? Los más de 70 reglamentos que se han dictado al amparo del D.S. N° 26 y las normas de la LOC de Bases, ¿mantienen su validez?¹⁹

¹⁶ Oficio Ordinario N° 709/05, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁷ Oficio Ordinario N° 925, Resuelve Reposición, 03 de agosto de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

¹⁸ Ley 20.050 (26 de agosto 2005).

¹⁹ Ello no quiere decir que este tipo de reglamentaciones y el propio D.S. N° 26 no posean vicios de inconstitucionalidad bajo el escenario *pre-reformas* 2005. Véase,

El nuevo precepto constitucional dispone la regla general: “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” son públicos. La regla establece excepciones: “sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos [actos] o de éstos [fundamentos y procedimientos], cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Esto quiere decir que el nuevo escenario (*post reformas*) indica que el secreto y reserva sólo puede ser establecido vía Ley de Quórum Calificado y no –como ocurre actualmente– por medio de un decreto.

¿Cómo se traduce esto en hechos concretos? Nuestra práctica judicial ha entregado dos tipos de respuestas a estas situaciones, las que no se excluyen. Una posibilidad es que los propios juzgados, conociendo de demandas de acceso a la información, declaren la derogación tácita de estos reglamentos de reserva y secreto (lo que debe ocurrir pues estas normas se hallan derogadas por la reciente reforma). La segunda posibilidad es que los juzgados prefieran derivar la decisión al Tribunal Constitucional, el que deberá declarar la inconstitucionalidad sobrevenida –en este caso– del D.S. N° 26. Cada una de esas ‘instituciones’ operará dependiendo si el acento se coloca en la contradicción temporal –caso en el cual se resolverá vía derogación tácita– o en la contradicción jerárquica –donde opera la inconstitucionalidad sobrevenida²⁰.

Con todo, la entrada en vigencia de este nuevo precepto –y en lo relativo a la vigencia de los reglamentos de reserva y secreto– ha producido efectos inmediatos. Son varios los servicios de la administración que, requeridos por la ciudadanía a que definan

sobre el particular, CONTESE, Jorge *El Derecho de Acceso a la Información y el Sistema Jurídico Chileno* (cit.), pp. 219-221; LOVERA, Domingo *Acceso a la Información: las restricciones de los derechos fundamentales*, La Semana Jurídica, 3 de enero de 2005, Santiago y ANGUIA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública. Régimen Jurídico Vigente y Proposiciones para su Reforma*, Revista Información Pública-Vol. III / N° 1 (junio), Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2005. Además, en contra de ese D.S. existe una demanda de nulidad de derecho público, pendiente desde 2004.

²⁰ Véase, GÓMEZ, Gastón *La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, en Informe de Investigación, Números 1 al 15 (1999-2003), Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 80. Como veremos, la derogación tácita es la que operó, a fines de 2005, sobre el D.S. N° 26.

la situación de sus reglamentos, han señalado que en virtud del nuevo artículo 8°, entienden que éstos han quedado derogados. En términos generales, cabe hacer mención a la comunicación emitida por Eduardo Dockendorff a los servicios de la administración del Estado, en la cual señala que “con la reforma constitucional, Chile habrá dado un paso decisivo en materia de acceso a la información del estado, eliminando definitivamente de nuestro sistema, los secretos y reserva reglamentarios”²¹. Otro dato interesante se refiere a la respuesta que emitió la Municipalidad de Santiago ante un requerimiento similar, esto es, de invalidación de reglamentos de reserva secreto. La Municipalidad de Santiago, por medio de su alcalde, señaló que “[l]uego del análisis respectivo y considerando lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 98°, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, modificado por el Artículo 5°, número 13, de la Ley N° 20.033, en el sentido de que: ‘*La información y documentos municipales son públicos*’, se consideró que produjo la derogación tácita del Reglamento Municipal N° 205, sobre Actos y Documentos Declarados Secretos o Reservados, de fecha 25 de febrero de 2004, publicado en el Diario Oficial, el día martes 2 de marzo del mismo año”.²² Sin perjuicio de lo anterior, señala finalmente la Municipalidad, procederá a derogarlo explícitamente.

Hacia finales de 2005, algunas agrupaciones de derechos humanos solicitaron a la Secretaría General de la Presidencia la derogación expresa del DS N° 26.²³ Este tipo de solicitudes, en el contexto de un sistema extremadamente legalista, como el chileno, no es irrelevante. En efecto, y pese a la reforma que incorporó el artículo 8°, varios órganos y servicios de la administración pública siguieron dictando sus reglamentos de reserva y secreto. De acuerdo a la información disponible en Proacceso²⁴ se trata del Decreto Alcaldicio N° 5062 I. Municipalidad de San Bernardo (06/09/2005); la Resolución Exenta N° 5 del 3 de octubre de este año de la Subsecretaría de Marina y la Resolución Exenta N° 841 del 15 de noviembre de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.

²¹ Oficio Ordinario N° 914, “Comunica Orientaciones en Materia de Transparencia y Publicidad de los Actos de la Administración”, 02 de agosto de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²² Carta N° 1136/2005, 08 de agosto de 2005, Ilustre Municipalidad de Santiago.

²³ Las agrupaciones Proacceso a la Información Pública, Corporación Participa y el Foro Chileno por la Libertad de Expresión, del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

²⁴ www.proacceso.cl (visitado 06 diciembre 2005).

Ante la solicitud, el Ministerio requerido señaló, por medio del Ministro Dockendorff, “que enviará un decreto a la Contraloría General de la República para eliminar la norma, como una manera de mostrar explícitamente la voluntad del Ejecutivo en orden a transparentar la gestión pública”.²⁵ El Ministerio Secretaría General de la Presidencia señaló, en su respuesta formal, que “de conformidad a los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos constitucionales, el D.S. N° 26/01 (...) ha de tenerse por derogado tácitamente”.²⁶ Declara –o mejor dicho, reconoce– que “las resoluciones dictadas al amparo de éste [es decir, los más de 80 reglamentos] han quedado también tácitamente derogadas, al igual que la habilitación para dictarlas”.²⁷

Frente a esta respuesta, Juan Pablo Olmedo, director de Proceso, señaló, acertadamente, que “las modificaciones legales deben ir acompañadas de cambios culturales. De lo contrario, corremos el riesgo de que queden en letra muerta. No sirve de nada tener una buena ley si no se aplica”. La cultura del secreto en la cual se encuentra sumergido Chile es la que impide que iniciativas de transparencia y publicidad puedan prosperar con éxito. A mediados de octubre, por ejemplo, el entonces General de Carabineros, Alberto Cienfuegos, reclamó la restricción de la entrega de información sobre delitos. La medida fue solicitada por medio de un oficio que el General de Carabineros envió al Ministerio Público.

Pese a lo significativo del anuncio –impulsado, en todo caso, desde la sociedad civil– es preciso tener en cuenta que, al mismo tiempo, el Ministro Dockendorff indicó que el Ministerio enviaría pronto un instructivo a los servicios públicos, en el que “se proveerá un mecanismo para salvaguardar aquellas áreas que seguirán requiriendo reserva, pero esta vez restringidas a tres razones: seguridad nacional, respeto a la dignidad de las personas e interés fiscal”.²⁸ Este tipo de anuncios parece pugnar con la finalidad y el texto mismo de la reforma constitucional. Como hemos señalado, la reserva y secreto sólo podrán establecerse por

²⁵ Véase, http://www.proceso.cl/noticias/nacional/2005_12_06_derogacion.html (visitada 06 diciembre 2005).

²⁶ Oficio Ordinario 1650, “Atiende solicitud”, 12 de diciembre de 2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, considerando 1°.

²⁷ *Ibíd.*, considerando 2°.

²⁸ “Gobierno busca levantar la reserva a información estatal”, *El Mercurio*, 08 de diciembre de 2005.

medio de leyes de quórum calificado. Y ese es justamente el problema. De una parte, las causales que el ministro anuncia no son las mismas que se señalan en el texto de la reforma constitucional y, con ello, se corre el riesgo siempre presente en estos casos de que las hipótesis de reserva y secreto se amplíen de forma indebida. Tal como ocurrió con el D.S. N° 26. De otra, el hecho que el Ministerio decida enviar un instructivo para establecer los mecanismos de resguardo de información estatal enfrenta directamente la finalidad de la reforma constitucional que elimina –y así ha sido entendido– el secreto y reserva vía reglamentaria. Ese instructivo no debería tener fuerza alguna frente a un particular reclamando acceso a la información del Estado, cuya denegación sólo podrá establecerse por vía ley de quórum calificado.²⁹

La reciente reforma, que incorpora normas constitucionales relativas a la publicidad de la información estatal, merece tres comentarios finales sobre lo que será su efecto en lo futuro.

Primero, esta nueva reglamentación eleva a rango constitucional el principio de probidad y de publicidad de las funciones públicas, sin distinguir entre los diferentes órganos del Estado. Como hemos visto, desde el comienzo, se trata de un avance dada las recientes críticas que se han dirigido no sólo contra la administración, sino también en contra del Poder Judicial y, veremos, contra el Poder Legislativo. Sin embargo, hay algo preocupante con la óptica a través de la cual se analizaron y, finalmente, se aprobaron estas reformas. Para el constituyente de 2005, la probidad y la publicidad, más que derechos ciudadanos, son principios que rigen y guían el actuar de la administración. Se les mira (a la publicidad y la probidad) como pautas de comportamiento, como ejes del desempeño orgánico del Estado, pero no como herramientas de control por parte de la ciudadanía. Así las cosas, se explica que el acceso a la información no se haya incorporado como un nuevo derecho fundamental y sí, en cambio, como una base de la institucionalidad. En general la incorporación de nuevos derechos fundamentales al artículo 19 de la Constitución se hace bastante difícil por los altos quórum que se exigen; sin embargo, se trata del mismo quórum que se requiere para

²⁹ ¿Qué ocurre si las leyes que regulan reserva y secreto no son de quórum calificado? El artículo 4° transitorio dispone que esas leyes mantendrán su vigencia mientras no se dicten las correspondientes leyes. Ello en caso alguno habilita a la administración para regular por medio de un instructivo los “mecanismo[s] para salvaguardar aquellas áreas que seguirán requiriendo reserva”.

modificar el Capítulo I de la Constitución, donde se incorporó este nuevo artículo 8°. Ello afecta el fortalecimiento de una ciudadanía atenta, la que deberá seguir esperando que los sistemas administrativos adecuen sus procedimientos a este nuevo principio rector del obrar público, careciendo de un derecho fundamental que, junto a la libertad de expresión, se configuran como pilares fundamentales de la democracia.

Segundo, establece el principio de reserva legal, es decir, la garantía de que los derechos fundamentales podrán ser reglamentados únicamente por ley.³⁰ En el caso de la reforma, como lo expresa el texto de la misma, esa reglamentación debe realizarse por medio de una ley de quórum calificado. La finalidad del constituyente ha sido la de dificultar la pista para el caso que se quiera establecer reserva y secreto. No debe existir un simple consenso para ello, sino un consenso calificado que requiere mayorías difíciles de alcanzar en el Congreso, pues la finalidad de esta nueva regulación es que la publicidad sea, efectivamente, la regla general. Y conforme a esta finalidad deben interpretar los eventuales litigios los tribunales de justicia.

Tercero, y finalmente, establece cuáles son las únicas hipótesis en las cuales procede la reserva y/o secreto: “[a] cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, [b] los derechos de las personas, [c] la seguridad de la Nación o [d] el interés nacional”.³¹ Habrá de esperarse la forma que adoptan las leyes que logren el quórum calificado. Con todo, los estándares internacionales sobre derechos humanos deberían hacer fuerza en el legislador, el cual debe evitar referencias demasiado vagas que impidan, una vez más, que la publicidad sea efectiva. En este sentido cabe tener presente las recomendaciones de diversas instancias internacionales, que han señalado que las limitaciones al acceso a la información deben ser (a) específicas y (b) legales.³²

³⁰ Este principio se encuentra ya consagrado en el Artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena, pero no se le presta la atención adecuada por parte de nuestros tribunales.

³¹ Para un análisis a la forma en que los tribunales chilenos habían interpretado las restricciones al acceso a la información, desde 1999 a 2005, véase ANGUIA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública* (cit.), pp. 64-76.

³² La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha señalado que el acceso a la información es un requisito indispensable para el buen funcionamiento de la democracia. *Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento*

Donde no ha resultado nada claro cuál es el efecto del nuevo precepto constitucional, donde se ha discutido si éste deroga el secreto que impera para algunas sesiones del Senado, en especial aquéllas en las que se designan o ratifican cargos de relevancia pública. Este punto será tratado en particular en el capítulo relativo al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema.

ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SISTEMA JUDICIAL

En el plano internacional, cabe mencionar que durante 2005 el Estado chileno fue demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).³³ La denuncia ante la Comisión Interamericana (Comisión IDH) había sido presentada el 17 de diciembre de 1998,³⁴ cuando el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile ha-

de la Democracia. AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003. Sobre las condiciones que deben cumplir las regulaciones de derechos fundamentales, hacemos extensivas las recomendaciones desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. Y conviene tenerlas presente pues, resoluciones posteriores de la Asamblea General, han señalado que las regulaciones del derecho de acceso a la información deben realizarse tomando en cuenta los principios para la libertad de expresión. (*Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*. AG/RES. 2057 [XXXIV-O/04] 8 de junio de 2004 y *Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*. AG/RES. 2121 [XXXV-O/05] 7 de junio de 2005). El Consejo de Europa, por su parte, en sus recomendaciones sobre Acceso a los Documentos Oficiales, se lee que las limitaciones al acceso de la información “*deben estar establecidas precisamente en una ley, y deben ser necesarias en una sociedad democrática*” (la traducción es nuestra). Véase, Recommendation Rec (2002) 2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe and explanatory memorandum, 21 de febrero de 2002, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003.

³³ Demanda Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, Caso 12.108, Claude Reyes *et al.* (Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero con Chile). La demanda fue notificada al Estado y fue presentada ante la Corte –por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– el 8 de julio de 2005. Mayores antecedentes sobre la demanda y la contestación en: http://www.proacceso.cl/noticias/nacional/2005_08_12_demandacidh.html.

³⁴ Por una serie de personas y agrupaciones: ONG FORJA, Fundación Terram, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y Corporación la Morada; además del Instituto de Defensa Legal del Perú, la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles, de Argentina y los diputados chilenos Baldo Prokurica Prokurica, Osvaldo Palma Flores, Guido Girardi Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert.

bía negado la entrega de información solicitada por las víctimas (Claude, Cox, Longton), a propósito del proyecto que la Forestal *Trillium* iba a desarrollar en la XII región del país. Luego de presentar un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago por manifiesta falta de fundamentos. La reposición tuvo la misma respuesta.

La presentación ante la Comisión IDH señalaba, entre otras violaciones, el desconocimiento del derecho de acceso a la información y la imposibilidad de permitir el control ciudadano respecto de la forma en que sus autoridades ejercen el poder. El Estado de Chile, sobre el particular, señaló que “[en] el orden constitucional chileno la función de contralor de las acciones de las entidades gubernamentales compete exclusivamente a la Cámara de Diputados. Por tanto, la Fundación Terram y el Diputado Longton habían intentado asumir poderes más amplios que los que en realidad tienen”.³⁵ La Comisión había señalado previamente que “la Corte [ha reconocido plenamente] (...) el rol que juega la divulgación de información en una sociedad democrática, en particular al habilitar a la sociedad civil para controlar las acciones del gobierno a quien han confiado la protección de sus intereses” por lo que se deriva “que el Artículo 13 debe comprender una obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder. De lo contrario, el debate libre, tan esencial para la democracia, se basaría en una información incompleta”.³⁶ Junto con señalar que tal defensa en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos es insostenible,³⁷ indicó que el Estado chileno no ha logrado mostrar cómo la retención de información en el caso era necesaria en el contexto de una democracia.³⁸

La demanda solicita, finalmente, la declaración de la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de la declaración de la violación del derecho a una protección judicial efectiva, al no contar las víctimas con un recurso judicial efectivo para impugnar la violación del derecho de acceso a la información. Recomendó, también, la divulgación pública de la información denegada.³⁹

³⁵ Demanda Presentada por la Comisión (cit.), Párrafo 72, p. 19.

³⁶ *Ibíd.*, Párrafo 68, p. 18.

³⁷ *Ibíd.*, Párrafo 75, p. 21.

³⁸ *Ibíd.*, Párrafo 74, pp. 20-21.

³⁹ *Ibíd.*, Párrafo 102, letras c) y d), pp. 28-29.

En el ámbito interno, dos casos llaman particularmente la atención. El primero de ellos es el caso “Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas”.⁴⁰ Los hechos del caso indican que Eric Casas, el demandante, solicitó acceso a los resultados de los análisis realizados por el Director Nacional de Aduanas que había decidido no dar curso a una denuncia interpuesta por el mismo demandante, pues –en su concepto– no había encontrado antecedentes que ameritaran tal procedimiento. Sin haber obtenido respuesta y mediante gestiones a través de la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de los derechos de las personas, el Director Nacional de Aduanas señaló que se trataba de antecedentes reservados, de conformidad al D.S. N° 26 ya citado.

La Dirección General de Aduanas señala que el amparo estaría presentado fuera de plazo, reiterando la estrategia que había sido rechazada en un caso anterior⁴¹ y que en este caso –en concordancia con la jurisprudencia relativa– vuelve a ser desestimada. Sobre el fondo, ahora, el tribunal señala que “del análisis de los antecedentes y legislación aplicable, no se puede concluir que la información solicitada tenga el carácter de reserva como lo manifestó el Director Nacional de Aduana”⁴² estimándose “que la negativa del Servicio Nacional de Aduanas vulneró el legítimo ejercicio del derecho de acceso a la información solicitada”,⁴³ acciéndolo en consecuencia la demanda.

Como ya es costumbre en los procedimientos de amparo sobre acceso a la información, las Cortes de Apelaciones vuelven a aparecer en escena estrechando el derecho en comento y revocando la sentencia.⁴⁴ Para ello, y pese a reconocer los esfuerzos buscados por las modificaciones incorporadas a la Ley de Bases, la Corte señala que “no obstante, el derecho al libre acceso de los actos administrativos, [se ve limitado por] diversos cuerpos legales [que] restringen tal acceso por considerarlos de carácter reservado”.⁴⁵ Luego de citar diversas disposiciones legales que permiten al Director Nacional de Aduanas mantener en reserva cierta información, señala que, además, el jefe de servicio negó la información amparado por el D.S. N° 26, que “señala que la de-

⁴⁰ Rol 3767-2004, 3° Juzgado Civil de Valparaíso, 17 de marzo de 2005.

⁴¹ Rol 394-2004, 3° Juzgado Civil de Valparaíso, 9 de junio de 2004.

⁴² Rol 3767 (cit.), considerando 10°.

⁴³ Considerando 11°.

⁴⁴ Rol 755-2005, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de mayo de 2005.

⁴⁵ Considerando 4°.

claración secreto de reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados, procederá respecto de los que contengan o se refieran a secretos industriales o comerciales, incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales”.⁴⁶

Llama la atención la forma irreflexiva en que la Corte analiza la excepción a la publicidad, pues sólo cita el reglamento de reserva y secreto que en su numeral 2° establece la reserva de “los actos que contengan o se refieran a secretos industriales y comerciales incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales”. Luego de la cita, señala que el Director General de Aduanas actuó dentro de sus facultades legales. Sin embargo, lo que la Corte no hace es argumentar cómo es que esta información, en particular, se aviene con la hipótesis de reserva que sólo cita, pero que no analiza y, menos, aplica al caso concreto.

El segundo caso que merece mención es “González, Felipe con Director Nacional de Gendarmería”. Como señaláramos en el Informe Anual anterior, este caso se gestó en el contexto de las investigaciones que desarrolláramos en la preparación de la versión 2005 de este informe. El Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales solicitó una serie de estadísticas a Gendarmería, considerando que el capítulo central se referiría a las condiciones carcelarias. No hubo respuesta del organismo.⁴⁷ La Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos presentó una demanda contra Gendarmería de

⁴⁶ Considerando 6°.

⁴⁷ 1) Información estadística acerca del número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente al primer semestre del año 2004, segregada por región, sexo y estado procesal de los reclusos (detenidos, procesados o imputados, condenados y bajo arresto nocturno)
2) Información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra funcionarios de Gendarmería de Chile –iniciados y/o terminados en 2004– con indicación de las causas que los motivaron (respecto de aquello en actual tramitación) y los resultados verificados a su término (sanciones, absoluciones, medidas adoptadas, etc.) También, información respecto de la vía de inicio de tales sumarios (denuncias de reclusos, control disciplinario, fugas, etc.)
3) Información respecto de las acciones judiciales intentadas contra Gendarmería de Chile (recursos de protección, amparo, querrelas criminales) en razón de la tutela de los derechos de los reclusos (derecho a la integridad física y síquica, a la salud, etc.)
4) Información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte, diferenciado por región, durante los años 2003 y 2004.

Chile, utilizando el procedimiento de amparo de acceso a la información. La sentencia dio la razón a los demandantes,⁴⁸ a pesar de las argumentaciones (extemporáneas) de Gendarmería relativas a que ellos no tenían el deber de producir información de la cual carecían. En ese sentido, el tribunal señaló que la información solicitada por los demandantes era información con la cual Gendarmería debería contar, pues de otra forma no se explica cómo podría dicho organismo diseñar políticas públicas razonables.

En rigor afirmó que “cabe establecer que la materia a que ella [la petición de acceso] se refiere constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/ o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones”⁴⁹ y que, no obstante la demandada no posea la información sistematizada en la forma solicitada, “esta sentenciadora [estima] que aquella [sistematización] corresponde a los resultados de un proceso investigativo que son normalmente realizados por entidades o centros de investigación como el del que forma parte la demandante; trabajo que se inician con la recopilación de los datos, materiales o antecedentes sobre el cual versará la investigación, con su compilación por segmento, según las áreas que se precise analizar y bajo los parámetros u objetivos que se hayan tenido en cuenta al establecerse el proceso investigativo, el que debiera terminar con las estadísticas que la actora pretende obtener de la demandada a través de este proceso”.⁵⁰

Además, indica que Gendarmería “se excepcionó aduciendo que la información requerida se encontraba en alguna de las situaciones previstas en la disposición antes transcrita y que impiden la entrega de su información o publicidad, descansando únicamente su alegación en que dicha información no habría sido entregada a la interesada, en razón de no disponer en la forma procesada como aquélla lo ha exigido”,⁵¹ razonamiento no menor si se toma en cuenta que los servicios recurridos suelen invocar causales vagas y poco claras que no calzan con las únicas ex-

⁴⁸ Ról 12.090, 16° Juzgado Civil de Santiago, 31 de agosto de 2005.

⁴⁹ Considerando 13°.

⁵⁰ Considerando 14°.

⁵¹ Considerando 10°.

cepciones que contemplaba el, entonces vigente, 'estatuto sobre acceso a la información pública'.⁵²

Al cierre de la edición de este informe, la causa había sido apelada por Gendarmería la que, curiosamente, ahora, decía que la información había sido entregada al Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales y que la falta de acuciosidad correspondía al Programa de Derechos Humanos. No queda claro si Gendarmería posee o no la información solicitada, pues sus respuestas son, además de extemporáneas, divergentes.⁵³

PROYECTO DE LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Con relativa celeridad se ha tramitado el proyecto de ley patrocinado por los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, pese a que aún se encuentra pendiente.⁵⁴ Una de las cuestiones interesantes que reconocen los parlamentarios, y que es fundamento para la presentación de este proyecto, es la excesiva reglamentación llevada adelante por los diferentes servicios públicos. Como señalamos en la introducción, los más de 80 reglamentos no dejan ninguna situación fuera del manto de reserva y secreto con que la administración pública ha venido operando en Chile. El proyecto de los Senadores incorpora al Poder Legislativo dentro de los órganos bajo la obligación de publicidad, pero excluye al Poder Judicial; esto último resulta cuestionable, sobre todo si se tienen a la vista las recientes modificaciones a la Constitución, donde el nuevo artículo 8°, en concordancia con el artículo 6°, se refiere a todos los órganos del Estado. El tema no es menor; recientes encuestas indican al Poder Judicial como aquel en el cual la ciudadanía percibe los mayores niveles de corrupción y falta de transparencia.⁵⁵

⁵² Sobre este punto, véase ANGUITA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública. Régimen Jurídico Vigente y Proposiciones para su Reforma* (cit.).

⁵³ La relación detallada de este caso se encuentra en el capítulo sobre condiciones carcelarias de este Informe.

⁵⁴ Boletín 3.773-06. Varias de las ideas que siguen, en ANGUITA, Pedro y LOVERA, Domingo *El Derecho de Acceso a la Información Pública* (cit.).

⁵⁵ Véase, VON BAER, Ena y MAZO, Bernardita, *Encuesta de Corrupción 2005* (cit.). Hernán Álvarez, renunciado recientemente de la Corte Suprema, va más lejos que la propia declaración de la Corte de la cual formaba parte: "[n]o le hace bien a

El proyecto no altera ni las competencias ni el procedimiento judicial establecido para requerir (compulsivamente) la información denegada, lo que podría mantener bajos los niveles de utilización del mismo. De todas las acciones emprendidas por denegación de información, sólo en una de ellas haya tomado parte activa un medio de comunicación. Diversos periodistas han afirmado que iniciar un procedimiento de acceso a la información, por medio de tribunales, sólo demora las cosas, dada la inmediatez que exige la noticia. Otro de los puntos problemáticos, al decidir mantener ese procedimiento, es que, enmarcado en un procedimiento civil, la carga de la prueba descansa en aquel que demanda.

El proyecto en comento anota varios aspectos positivos a su favor, en comparación al sistema que actualmente, rige.

(1) la incorporación del 'Principio de Máxima Divulgación' —que debería orientar a los tribunales al decidir casos judiciales—;

(2) la ampliación de los términos 'información' que en el proyecto, en consonancia con la reciente reforma constitucional, va más allá de los solos actos administrativos (y de la información esencial para dictarlos)⁵⁶ e 'Información Pública';

(3) el establecimiento de la reserva legal para el establecimiento de reservas y secretos, el cual deberá ser interpretado a la luz de la reciente reforma constitucional que dispone esa reserva con mayor rigor, como dijimos, sólo por medio de leyes de quórum calificado;

(4) la ampliación del plazo para la entrega de información. Este pasa de impracticables 48 horas a 10 días hábiles; y,

(5) la mayor rigurosidad en las sanciones que afectarán a los funcionarios públicos que nieguen u obstruyan la entrega de información pública.

Durante la tramitación se anotan algunas observaciones. Como ocurre con el oficio de la Corte Suprema, en el cual sólo se encar-

nuestra institucionalidad la difusión de encuestas de opinión sobre supuestos niveles de aumento de corrupción, fundados en apreciaciones subjetivas, ajenos a la realidad". "Los jueces, en general, son incorruptibles", El Mercurio, 10 de julio de 2005, p. D 4. Para un estudio sobre acceso a la información, propiamente tal, véase el Estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, cuya versión on-line se encuentra en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/CHILE%20INFORME_FINAL.pdf (17 de septiembre de 2005).

⁵⁶ Como señalamos, las interpretaciones hechas por las Cortes de Apelaciones, unidas a la forma estrecha en que se concibe el término 'información' en la actual regulación legal, ha conspirado contra el éxito de algunos recursos judiciales.

ga de hacerle ver al Senado que, cada vez que se incorporan nuevas facultades para juzgar a tribunales, se requiere que se provean los fondos económicos necesarios para solventar los gastos en que se incurrirá.⁵⁷ En lo que la Corte no repara, es en que este proyecto dejas las cosas, en términos judiciales, tal como están.

Otro de los proyectos interesantes en materia de acceso a la información y transparencia, es el proyecto sobre declaración jurada de patrimonio. En medio de casos sobre corrupción que en Chile creíamos ausentes, una serie de proyectos buscaba sentar las bases de una nueva agenda pro-transparencia. Varias de las recomendaciones sobre mayor transparencia han remarcado estas ideas.⁵⁸ Y así mismo se percibe en Chile.⁵⁹

En lo concreto, el proyecto aprobado en el Congreso⁶⁰ introduce modificaciones a varios otros cuerpos legales, con el objeto de hacer obligatoria la declaración jurada de patrimonio de diputados, senadores,⁶¹ alcaldes, concejales, ministros y abogados integrantes del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, fiscales regionales adjuntos, en el caso del Ministerio Público, consejeros del Banco Central, integrantes titulares y suplentes del Tribunal de la Libre Competencia, miembros de la Administración Pública, en general, entre otros.

El proyecto comprende la obligación de realizar una declaración patrimonial jurada, la que queda depositada en distintas

⁵⁷ Oficio N° 20, 31 de enero de 2005.

⁵⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de un reciente informe del Banco Mundial, *Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*, Panorama General, Washington D.C., 2004. También, sobre acceso a la información, corrupción y gobernabilidad, véase, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004, Organización de Estados Americanos. Referencias a las Convenciones de la Organización de Estados Americanos y de Naciones Unidas en Zalaquett, José, *Las Convenciones de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción*, en Anuario de Derechos Humanos 2005, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2005 (pp. 185-189).

⁵⁹ "Representantes de Transparencia Internacional apoyan fin del Secretismo en el Senado", *El Mercurio*, 19 de octubre de 2005. En este sentido, es importante recordar el emplazamiento efectuado por el Presidente del Capítulo chileno de Transparencia Internacional, Davor Harasic, en el sentido "que es importante que Chile se pronuncie a la brevedad sobre la Convención Anticorrupción de las Naciones Unidas, que entrará en vigor el 14 de diciembre". Estas declaraciones se enmarcan en el contexto de las noticias que muestran a Chile descendiendo en el ranking sobre corrupción. La aprobación de la Convención se encuentra en trámite en el Congreso Nacional.

⁶⁰ Oficio N° 5891, Cámara de Diputados, Valparaíso, 18 de octubre de 2005.

⁶¹ Una versión anterior de este proyecto había sido rechazada, en bloque, por los parlamentarios de oposición.

instancias, dependiendo del órgano de que se trate, y la cual debe actualizarse cada 4 años y al momento de abandonar el cargo.⁶² La regulación específica que deberá adoptar esa declaración, deberá ser objeto del reglamento respectivo. Con todo, y en el caso de los miembros de la Administración Pública, esa declaración deberá contener referencias a los bienes inmuebles, vehículos, valores y derechos que posean aquéllos.

Esas declaraciones serán públicas y su contenido podrá ser solicitado por cualquier persona, lo que supone un avance significativo en materia de transparencia y acceso a la información.⁶³ Además, la declaración no solo incluye al funcionario, sino, también, a una serie de familiares cercanos, todo lo cual se enmarca en la agenda pro-transparencia, una de cuyas aristas descansa en la fiscalización de posibles conflictos de intereses. En el ámbito de las sanciones, el retardo, la inclusión de antecedentes falsos, la omisión de antecedentes y la falta de actualización acarrea sanciones administrativas, sin perjuicio de un nuevo tipo penal que el proyecto incluyó: la 'figura residual del enriquecimiento ilícito'.⁶⁴ De acuerdo a este nuevo delito funcionario, aplicable, por ello, sólo a quienes están en posesión de alguno de los cargos públicos que acarrea la obligación de declaración de intereses y patrimonio, "el

⁶² Al menos en el caso de los cargos señalados en el artículo 57 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶³ Sobre la utilización de esa información, veremos –y comentaremos– la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, al momento de revisar la constitucionalidad de este proyecto de ley.

⁶⁴ Que pasaría a ser el nuevo artículo 241 bis, del Código Penal. La norma completa dispone: "Artículo 241 bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código".

funcionario público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial *relevante e injustificado*” será sancionado con las penas establecidas en la nueva disposición. Destacamos que para que proceda la pena, que incluye la inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos, el incremento debe ser relevante y, además, injustificado. La *relevancia* de un incremento en el patrimonio debe ser calificada por el juez.

El tipo penal que se incorpora posee este tipo de expresiones vagas y, por lo mismo, de difícil aplicación. Pero así como su aplicación puede resultar difícil, lo mismo ocurre con la defensa de los imputados. Pese a todo, llama la atención los dos resguardos extras que los parlamentarios, ahora que regulan sus funciones, tienen a bien incorporar. Primero, señalan la disposición que en estos delitos la prueba corresponderá al Ministerio Público, como si fuera necesario repetir lo que constituye uno de los elementos fundamentales del nuevo sistema procesal penal: la investigación está en manos del Ministerio Público que evaluará qué casos lleva a juicio oral (y cuáles no). Segundo, los parlamentarios –ya excedidos con un resguardo como el anterior– incorporaron una regla que, creemos, no hará otra cosa que desincentivar denuncias por este tipo de delitos: “[s]i el proceso penal se inicia por denuncia o querrela [esto es, a instancias de un particular] y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo (...) tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante [el particular] la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido”.

Este tipo de reglas son una verdadera amenaza a la labor fiscalizadora de la ciudadanía. Mientras los parlamentarios anuncian la aprobación de normas que deberían alentar un mayor control de la forma en que ejercen sus funciones, y contrariando todas las recomendaciones internacionales, se colocan de inmediato a resguardo para desalentar la utilización de esta herramienta de control porque, cuidado, si el ciudadano no logra acreditar el delito, puede ser objeto de penas a instancias del funcionario.⁶⁵ Las aprensiones de los parlamentarios encuentran eco en las discusiones en la Comisión Mixta, donde el diputado Burgos señaló que este tipo de normas “se ha prestado para cometer abusos”.⁶⁶

⁶⁵ La experiencia en casos de libertad de expresión que involucran funcionarios públicos, es la que debería ponernos en alerta frente a este tipo de normas.

⁶⁶ Informe de la Comisión Mixta, Boletín N° 2.394-07, 10 de octubre de 2005, p. 5.

La Diputada Soto, por su parte, manifestó su preocupación por el hecho de que la expresión “enriquecimiento ilícito (...) resulta extremadamente vaga”.⁶⁷ Como resultado de las discusiones ahí sostenidas, la Comisión propuso que se agregaran las expresiones “relevante e injustificado” al enriquecimiento ilícito, lo que, como vimos, fue incorporado en el proyecto final.

Finalmente sobre el proyecto de transparencia, la Cámara de Diputados envió al Tribunal Constitucional el proyecto sobre Declaración Patrimonial de Bienes, para que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las normas.⁶⁸ El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del proyecto, transformando en realidad un proyecto que antes había caído por la oposición en bloque de parlamentarios de derecha.⁶⁹

El Tribunal Constitucional realiza una curiosa interpretación sobre la aplicación que debe dársele a estas normas.⁷⁰ El Tribunal asume que estas modificaciones, que en general obligan a funcionarios públicos a dar cuenta de su situación patrimonial antes de asumir el cargo, pugnan –o pueden pugnar– con el derecho a la vida privada consagrado en la Constitución.⁷¹ Y pugna, se entiende de la redacción de la sentencia, porque la ciudadanía queda habilitada para solicitar esos antecedentes de forma irrestricta. Para conciliar ese posible conflicto, el Tribunal señala que el acceso irrestricto “por terceros a esa información, ha de serlo para las finalidades legítimas que la nueva normativa persigue, circunstancia esencial que exige, de todos los órganos del Estado involucrados por tales disposiciones, interpretarlas y aplicarlas con el objetivo señalado”.⁷²

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Oficio N° 5.912, 2 de noviembre de 2005.

⁶⁹ STC, Rol N° 460, 6 diciembre 2005. Cabe mencionar que se trata de una Ley Orgánica Constitucional, de suerte que este control es obligatorio y no obedece a algún requerimiento en particular. La Ley 20.088 (Establece como Obligatoria la Declaración Jurada Patrimonial de Bienes a las Autoridades que Ejercen una Función Pública) fue publicada en el D. Of. 05.01.2006.

⁷⁰ Esto ya es curioso. Los tribunales constitucionales tenían la finalidad de configurarse en instituciones de control legislativo negativo. Es decir, así como el legislador creaba normas, éste tribunal las derribaba. Su función, legislativamente hablando, era negativa. En Chile, así como ha ocurrido en otras partes del mundo (en especial en España y Alemania), el Tribunal Constitucional ha comenzado a utilizar esta técnica de fijar el sentido en el cual se puede interpretar una disposición jurídica que, solo así interpretada, es constitucional.

⁷¹ Artículo 19 N° 4.

⁷² Considerando 31°, fs. 92 (vta.), STC Rol N° 460 (cit.).

Pareciera que el Tribunal Constitucional al referirse a los fines legítimos e ilegítimos quiere dejar fuera la posibilidad de que esta información, que comienza a ser pública, pueda utilizarse para presiones indebidas. Por ejemplo, para extorsionar a un funcionario público. Pero para ello hay disposiciones penales que regulan un delito de esas características. Y así con todas las demás situaciones en que, efectivamente, se haga un uso indebido de esa información. Por lo tanto si un ciudadano difunde esas informaciones porque, en su entendido, ese funcionario público se ha enriquecido ilegalmente y esas denuncias van acompañadas de publicidad, se trataría de situaciones que deben quedar al margen de la prohibición establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional. Lo propio del acceso a la información, es la de ser una herramienta que sirva de instrumento para el control de las autoridades. Esa finalidad puede alcanzarse de diversas formas, siendo una de ellas la denuncia pública. El Tribunal Constitucional –como suele ser una costumbre en Chile– hace caso omiso de los estándares internacionales sobre libertad de expresión y acceso a la información, los que, sin duda, guiarían una mejor interpretación de estas disposiciones.

Es importante destacar la prevención del ministro Urbano Marín. Marín reclama que los preceptos constitucionales deben interpretarse en concordancia unos con otros. En ese sentido, declara que “los asuntos de orden financiero o patrimonial no pertenecen, por su naturaleza, a la vida privada que cautela” la Constitución.⁷³ Que si bien el secreto y la reserva pueden, en ciertas ocasiones, favorecer algunas actividades de orden comercial, tributario, industrial o bancario, “al permitirse la consulta pública de las declaraciones de intereses y patrimonio que deben presentar determinadas autoridades (...) se logra en mejores términos la observancia del mencionado principio de probidad de rango constitucional, que si tales declaraciones se mantienen en reserva, en la medida que la transparencia en este ámbito pugna con el cabal cumplimiento” de las bases de la institucionalidad.⁷⁴

El notable voto de prevención de Urbano Marín encuentra su polo opuesto, radicalmente, en el voto disidente del Ministro Juan Agustín Figueroa. Volviendo sobre el derecho a la vida privada, asegurado constitucionalmente, Figueroa señala que la situación

⁷³ *Ibíd.*, considerando 2º, Prevención Ministro Urbano Marín, fs. 94 (vta.).

⁷⁴ *Ibíd.*, considerando 5º, fs. 95.

patrimonial de una persona cabe dentro del campo de lo privado, mencionando como ejemplos las normas sobre secreto bancario. Si bien reconoce que en ciertos casos esta barrera de reserva cede ante intereses superiores, debe mantenerse la excepcionalidad de esa situación. En el caso de los funcionarios públicos, reconoce que deben estar sometidos a un escrutinio mayor por parte de la ciudadanía, pero “[o]tra cosa sería imponer la pesada carga adicional, exponiendo a quien la cumple a la posibilidad de un hurgar malicioso, en pugna con el debido respeto a la privacidad”.⁷⁵ Figueroa centra su análisis en una de las posibilidades de excepción que el nuevo artículo 8° contempla: los derechos de las personas.⁷⁶ En su concepto, “el conocimiento por cualquier persona, sin limitación alguna, no mira a una debida fiscalización, sino que hace posible ventilar cuestiones privadas dentro de un público irrestricto”.⁷⁷ Finalmente termina declarando que “[e]l acceso irrestricto puede así convertirse en cantera inagotable de maliciosos trascendidos que desprestigian el quehacer funcionario y a la postre socavan el debido aprecio que se merecen las instituciones republicanas”.⁷⁸

Pareciera que a Figueroa lo que le molesta es la posibilidad de que “cualquier persona” –como señala– pueda hacerse de información que le permitirá realizar una crítica informada. Figueroa sostiene una concepción elitista de la democracia, que supone que el control de las autoridades puede realizarse sólo por otras “autoridades que pueden cumplir, de manera responsable, funciones fiscalizadoras”.⁷⁹ Este tipo de concepciones relega al ciudadano, organizado o no, a un lugar muy secundario, ese que reclama su intervención sólo al momento de las elecciones. Vale mencionar que la nueva normativa exige la declaración patrimonial de los miembros del Tribunal Constitucional.

Con todo, su disidencia en la sentencia en comento, encuentra respaldo en las aprensiones que el Pleno de la Corte Suprema manifestó durante la tramitación del proyecto. La Corte Suprema señaló, mediante oficio a la Cámara de Diputados, que “cabe anotar que el proyecto configuraría, *en general*, una limitación a

⁷⁵ *Ibíd.*, considerando 5°, Voto disidente Ministro Juan Figueroa, fs. 96.

⁷⁶ Para un análisis del comportamiento de la administración, véase CONTESSE, Jorge, *La opacidad del administrador* (cit.).

⁷⁷ *Ibíd.*, considerando 6°, fs. 96 (vta.).

⁷⁸ *Ibíd.*, considerando 7°, fs. 96 (vta.) y 97.

⁷⁹ *Ibíd.*, considerando 6°, fs. 96 (vta.).

la garantía que prevé el N° 4 del artículo 19 de la Carta Política al asegurar a todas las personas 'el respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia', (...) [por lo que] corresponde a una materia estrictamente reservada al legislador y que no podría ser objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria".⁸⁰ En algún sentido la aprensión de la Corte puede encontrar explicación. Términos como la "significación económica relevante" de, por ejemplo, un inmueble, son difíciles de precisar. Pero exigir tal nivel de detalle a la ley parece un exceso. Por lo demás, lo que queda claro es que la Corte considera que el proyecto, *en general*, es una limitación a la vida privada de los funcionarios obligados a declarar. Y eso es lo reprochable; la estrecha visión sobre el control ciudadano.

⁸⁰ Oficio del Pleno de la Corte Suprema a la Cámara de Diputados, 20 de septiembre de 1999 (el destacado es nuestro). La nueva opinión del pleno no aporta mayores antecedentes. Oficio N° 1861 del Pleno de la Corte Suprema a la Cámara del Senado, 12 de julio de 2005.

Derechos Humanos de las Mujeres

INTRODUCCIÓN

El año 2005 se caracterizó por un sinnúmero de proyectos de ley que garantizan de mejor forma los derechos de las mujeres o que alientan la igualdad de hombres y mujeres en las responsabilidades de crianza y cuidado de los hijos. Algunos de ellos esperaron largos años para su aprobación, por lo cual podríamos decir que el 2005 es un año positivo, al menos en lo que respecta a la producción legislativa.

Como suele suceder en América Latina, las elaboraciones normativas conjugan diversos elementos, entre ellos, las aspiraciones colectivas para el mejoramiento de derechos de aquellos que por razones históricas y culturales han estado en una situación de desventaja. No obstante, debe tenerse presente que la mera existencia de una ley no asegura la protección de derechos. Por lo mismo, este capítulo revisará las principales reformas que se produjeron en el año, los desafíos que tendrán los operadores y cuáles debieran ser los estándares en la interpretación y aplicación de estas leyes.

En un contexto más amplio, las mujeres en Chile se perciben discriminadas. Un estudio realizado por Corporación Humanas y el Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile mostró que el 87% de las encuestadas señaló que las mujeres eran discriminadas en el ámbito laboral (94,6%), político (66,6%), de la libertad sexual (65,3%), en los medios de comunicación (61%) y en la familia (54,4%).¹ Estas son precisamente las áreas que en

¹ *La Tercera*, "El 87% de las chilenas considera que la mujer es discriminada", 22 de septiembre de 2005.

nuestros anteriores informes hemos identificado como áreas de situaciones críticas para las mujeres.

En el ámbito político –y siendo el 2005 un año electoral–, mujeres de los partidos oficialistas situaron en la agenda pública su demanda por mayor presencia política en los cargos de elección popular. Las militantes de los partidos de la Concertación solicitaron la dictación de una ley de cuotas, argumentando que las mujeres no tienen problemas de votación popular, sino que ellos se producen al interior de los partidos, los que no otorgan los espacios para que ellas puedan ser electas.² Como señala María Angeles Fernández, cientista política, las mujeres no pueden hacer mucho frente a los equipos negociadores de los partidos de la alianza de gobierno, dada la asimetría de poder y la falta de efecto vinculante de los mecanismos de cuotas existentes.³

Una propuesta liderada, entre otras, por la Diputada María Antonieta Saa postula una cuota de 40% de candidatas mujeres. Cabe considerar que en la actualidad se está lejos de tales cifras, puesto que las mujeres alcanzan al 12% de los cargos de alcaldesas mientras que el número de mujeres en el Congreso no alcanza al 9%. Chile se ubica en un pobre 19º sitio entre los 33 países de América en esta materia.⁴

Los sectores y las mujeres de la derecha están en desacuerdo con cualquier propuesta que signifique ley de cuotas para jóvenes o mujeres. El Senador Hernán Larraín argumenta que la falta de participación de las mujeres en el Congreso es compleja, pues requiere “mayor dedicación, lo cual muchas veces no es compatible con la crianza de los hijos... [y] otro de los problemas es que deben viajar constantemente a Valparaíso, lo que para gente que vive en regiones significa abandonar el hogar”.⁵

Esta percepción sobre la baja participación política de las mujeres en cargos de elección, se suma a otros factores de desventaja social o de mayor vulnerabilidad para las mujeres. De acuerdo a

² Claudio Salinas, “Mujeres piden espacio a partidos políticos”, *El Mercurio*, 21 de mayo de 2005 en <http://www.diarioelmercurio.com/2005/05/21/nacional/politica/noticias/1E65A42D-3622-4>

³ María de los Angeles Fernández, “Mujeres y abanico parlamentario”, *La Tercera*, 7 de julio de 2005.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Bernardita del Río, “Derecha rechaza de plano ‘discriminación positiva’ para mujeres”, *El Mostrador*, 8 de mayo de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=159387o accesado el 21 de mayo de 2005.

la IX Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN 2003), cuyos resultados fueron entregados en mayo del 2005, entre los años 2000 y 2003 hubo un incremento de aumento de tres puntos de jefatura de hogar femenina el que alcanza actualmente un 26,2%.⁶ De acuerdo a esta medición, el 42% de las mujeres trabaja, mostrando un aumento de casi 10% respecto de 1990. Igualmente la escolaridad de las mujeres subió a 10 años, desde 8,9 años en 1990.⁷ Una encuesta realizada por Comunidad Mujer encontró que en la priorización de tres preocupaciones, el 43% de las mujeres señaló que era el trabajo o la dificultad de encontrar uno; le seguía la preocupación por el entorno en que vive (24%) y en último lugar la familia (21%).⁸

La inserción de las mujeres en el mundo laboral puede ser observada desde dos vertientes: la autonomía y realización personal conjugada muchas veces con la necesidad de trabajar, especialmente para los sectores más modestos.⁹ Los indicadores de pobreza demuestran que éstos se reducen en la medida de que las mujeres pueden hacer aportes económicos al hogar.¹⁰ Sin embargo, ello significa para la mayoría de las mujeres enfrentar una doble jornada en el cuidado y crianza de los hijos y las tareas domésticas en que existe una reducida participación masculina, además de la inserción laboral en puestos de trabajo precarios o cuyas condiciones laborales puedan estar marcadas por flexibilidad laboral, a veces entendida como ausencia de reglas en la protección de los derechos de los trabajadores. Así las mujeres identifican como una aspiración la flexibilidad de los horarios de trabajo, la mayor capacitación profesional (y por lo mismo acceso a mejores empleos) y una mejora en las redes de cuidado infantil.¹¹ Todo ello aparece como temas centrales para el próximo gobierno que resulte electo.

⁶ Rodrigo Cerda, "Uno de cada tres hogares está a cargo de una mujer", *El Mercurio*, 17 de mayo de 2005 en http://www.elmercurio.com/2005/05/17/nacional_portada/noticias/impresionB2D239° accesado el 21 de mayo de 2005.

⁷ *El Mostrador*, "Datos muestran que la participación femenina en las jefaturas de hogar creció desde 20% a 26,3% en 2003, y que la mitad de ese incremento (3,1%) se concentró en el período 2000-2003", 16 de mayo de 2005. http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=160025° accesado el 21 de mayo de 2005.

⁸ ComunidadMujer, *Voz de Mujer*, Santiago, 2005, p. 21.

⁹ *Ibíd.* p. 51.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.* p. 32

Por ello también resulta positiva la aprobación de la Ley 20.047 –iniciada como una moción parlamentaria–, que otorga cuatro días de permiso por el nacimiento o adopción de un hijo al padre, el que se suma al permiso de un día establecido en el artículo 66 del Código del Trabajo.¹² Este es un derecho irrenunciable y que el trabajador podrá tomar a su elección desde el momento del parto en cuyo caso será de días corridos o bien podrá distribuirlo en el primer mes del nacimiento o adopción del hijo.¹³ La Ministra del Servicio Nacional de la Mujer estimó que serían 138 mil los trabajadores beneficiados con esta medida, lo que refleja la necesidad de asumir los cambios culturales que la sociedad chilena experimenta.¹⁴

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

En materia legislativa, durante el curso del 2005 dos grandes proyectos de ley impulsados por el Servicio Nacional de la Mujer y que llevaban varios años en tramitación fueron finalmente promulgados en el mes de marzo.

Los proyectos de modificación a la Ley 19.325 sobre violencia intrafamiliar y la incorporación de la Ley de acoso sexual en el Código del Trabajo constituyen un avance al derecho de las mujeres de vivir una vida exenta de violencia. Con ello se da respuesta a las demandas de las organizaciones de la sociedad civil y se cumple con las recomendaciones formuladas por el Comité de la Convención de la Mujer. Este último ha declarado que el acoso es una forma de discriminación en contra de la mujer que compromete la igualdad de la mujer en el empleo en virtud del artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.¹⁵

¹² La moción fue ingresada el 31 de julio de 2003 por los Dip. Marcela Cubillos, Iván Norambuena, Felipe Salaberry, Boris Tapia, Gonzalo Uriarte, Julio Dittborn, Camilo Escalona, Ramón Barros, Marcelo Forni y Pablo Longueira, Boletín 3303-13.

¹³ Modifica el artículo 195 del Código del Trabajo, Ley 20.047 publicada en el Diario Oficial el 2 de septiembre de 2005.

¹⁴ *La Tercera*, “60% de los padres que trabajan accederán a posnatal de 5 días”, 25 de agosto de 2005.12/05/2006

¹⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19 sobre violencia en contra de la mujer, 11° período de sesiones 1992.

En ambos casos, estos proyectos contaban con el apoyo crítico de las organizaciones de mujeres y feministas puesto que, si bien las propuestas legislativas no satisfacían todas las aspiraciones de las organizaciones constituían una mejora a la situación existente. Elaborada la norma, ya se vislumbran cambios en una nueva administración. Los anhelos de perfeccionamiento de la legislación están recogidos en el programa de gobierno de la candidata presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, Michelle Bachelet, quien incluyó propuestas para legislar incorporando la protección de las mujeres en otros ámbitos como el educacional y la evaluación de las figuras penales en materia de violencia sexual.¹⁶

Las cifras sobre asesinatos de mujeres, que se denomina feminicidio, muestran que hasta mediados de diciembre de 2005, 37 mujeres fueron asesinadas por sus parejas.¹⁷ En tres de estos casos se había decretado medidas cautelares consistentes en la prohibición de que sus parejas se acercaran a ellas.¹⁸ La sensibilidad de la opinión pública en estos temas obliga a los operadores del sistema de justicia a funcionar con criterios claros para la protección de las víctimas.

La violencia de género ha logrado permear la prensa, mostrando los casos de violencia sexual contra mujeres y niños. Sobre esto se han tejido mitos relacionando violencia con pobreza, como si sólo los pobres fueran víctimas y autores de estos delitos. Un estudio realizado por la organización de mujeres DOMOS derriba la imagen sobre el perfil único de las mujeres que sufren de violencia. Muchas de las trabajadoras que sufren violencia son mujeres con estudios superiores completos, que operan con un alto grado de autoexigencia en sus espacios laborales, y se ausentan poco de su trabajo.¹⁹ El estudio advierte que las mujeres víctimas de violencia operan como si fueran dos en la práctica, ellas trabajan con angustia, preocupadas y tristes, lo que coexiste con una sensación de bienestar asociado al espacio laboral, el que reconocen como un lugar de libertad y reconocimiento.²⁰

¹⁶ Insertar Programa de Gobierno de Michelle Bachelet.

¹⁷ *La Tercera*, "35 mujeres han sido asesinadas por sus parejas durante 2005", 23 de diciembre de 2005.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *La Tercera*, "Derriban mitos sobre perfil de mujer víctima de violencia", 14 de abril de 2005.

²⁰ *Ibíd.*

Cuando los famosos son víctimas de delitos sexuales se dice que cargan con un estigma mientras que los pobres tienen la percepción de que nunca obtendrán justicia.²¹ La tendencia desde hace un tiempo es a mostrar las dos caras quebrando el mito sobre criminalidad y pobres. La condena al ex senador Jorge Lavandero, el proceso y acusación que se dilucidará en el 2006 en contra de un sacerdote por abuso sexual y violación contra menores discapacitados en un hogar de niños, los casos de abuso sexual en contra de un empresario padre de una connotada animadora de televisión en el que ella declaró en su contra, y otro que afecta a otro empresario en que las víctimas son modelos suponen la gran connotación que estos temas ocupan en la agenda pública y exigen el funcionamiento de un sistema más transparente para el enjuiciamiento de los abusos sexuales en contra de niñas y niños.

Las cifras de la Policía de Investigaciones indican que las denuncias alcanzan a 657 casos por violación y 1.531 de abuso sexual hasta la fecha y que los casos que llegan al sistema son sólo unos pocos.²² De allí la importancia de que los operadores del nuevo sistema adquieran las herramientas para reducir al máximo de lo posible la victimización secundaria, de que existan los recursos humanos para que estos procesos sean más ágiles y de que el sistema de salud y justicia cuente con las redes adecuadas para la rehabilitación de las niñas y niños. Un estudio sobre el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal y los delitos cometidos en contra de niños revela que los recursos son insuficientes, especialmente en áreas de salud mental, se advierte la necesidad de una mayor difusión en cuanto a los derechos que les asisten a los niños y sus familias, puesto que las decisiones del Ministerio Público pueden no ser concordantes con los intereses de las víctimas, por lo cual éstas requerirían de representación adecuada.²³

²¹ Carla Alonso, "Caricias retorcidas", La Nación, 25 de diciembre de 2005.

²² Carla Alonso, "Caricias retorcidas", La Nación, 25 de diciembre de 2005.

²³ Paula Barros, Olga Espinoza, Soledad Pérez et al. Informe Final para UNICEF "Niños, Niñas, Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en el Marco de la Reforma Procesal Penal", Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, mimeo.

ACOSO SEXUAL EN MATERIA LABORAL

La Ley 20.005²⁴ tipifica y sanciona el acoso sexual, el que se incorpora al Código del Trabajo. Se entiende el acoso como una conducta lesiva a la dignidad de las personas y que consiste en la realización, por cualquier medio, de requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe y que amenazan o perjudican su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.²⁵ El acoso también quedó incorporado en el Estatuto Administrativo modificando la Ley 18.834 y el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales de la Ley 18.883.

El acoso sexual será una causal de despido justificado en conformidad al artículo 160 letra b). La ley es neutra respecto del sujeto activo o pasivo de la conducta, sin embargo, no se puede desconocer que los estudios en Chile indican que mayoritariamente las víctimas de acoso son mujeres y por ello esta ley las protegerá especialmente a ellas.²⁶

La ley opera con una lógica preventiva, bajo la premisa de modificar conductas culturales. Esta idea de prevención opera en dos niveles, por una parte se establece la obligación para el empleador de que el Reglamento Interno de la empresa estipule normas que promuevan un ambiente laboral digno y de respeto mutuo entre trabajadores conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 153 del Código del Trabajo y por otra, insta a que las denuncias de acoso puedan ser investigadas internamente antes de llegar a una instancia administrativa o judicial.

Si un empleador ha adoptado medidas tendientes a crear un ambiente exento de hostigamiento sexual no será responsable de los hechos que ocurrieran en el lugar de trabajo, responsabilidad que se traduce en el pago de aumentar en un 80% la indemnización cuando se hubiere producido el despido indirecto previsto en el artículo 171 del Código del Trabajo²⁷.

²⁴ Promulgada el 8 de marzo de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 18 de marzo de 2005.

²⁵ Esta definición quedó incorporada al artículo 2 Código del Trabajo.

²⁶ Pamela Farías A. y Marcela Gómez A., Acoso Sexual en el Trabajo. De la impunidad a la acción, Aportes al Debate Laboral N° 7, Dirección del Trabajo, Santiago, 1999.

²⁷ El despido indirecto consiste en que el trabajador le pone término al contrato si el empleador incurriera en causales de término establecidas en los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

La ley dejaría fuera situaciones de hostigamiento cuando éste no va acompañado con requerimientos de carácter sexual, por ejemplo, los comentarios, chistes, o bromas sobre los aspectos físicos o sexuales de una persona. Estos pueden crear un ambiente de humillación o denigración de quien los recibe y serían contrarios a la obligación de dignidad e igualdad de trato. Por lo cual, una situación como la descrita podría ser testada en los tribunales como una configuración de despido indirecto si el empleador no fue capaz de poner atajo a la situación y tuvo conocimiento de ello. Una situación de este tipo redundó en una investigación sumaria al interior del Servicio de Impuestos Internos, que dio cuenta de una queja contra el ex jefe de presupuesto y contabilidad de dicho servicio. La acusación hecha por la asociación de funcionarios señalaba que el funcionario enviaba correos electrónicos burlándose de las condiciones físicas de los funcionarios haciendo montajes con mujeres en poses eróticas, pero con las fotos de las cabezas de funcionarias²⁸; a una funcionaria le “prohibió correr en la oficina”, pues por su prominente busto “lo distraían a él y a su personal masculino”.²⁹ La Directora del servicio señaló que el acoso no estaba tipificado en el Estatuto Administrativo, pero que el hostigamiento podría tratarse como una situación de discriminación.³⁰ El denunciado presentó su renuncia, pero el Servicio de Impuestos Internos no fue concluyente respecto a la investigación sobre acoso y hostigamiento. Este sería el primer caso que se ventila bajo la ley de acoso sexual en el servicio público.

Como se señaló en el Informe Anual de Derechos Humanos de 2003, el proyecto, que se inició con una moción de la Diputada Adriana Muñoz en 1991 y posteriormente una segunda presentada por el ex Diputado Ramón Elizalde, encontró resistencia en algunos sectores de parlamentarios a legislar sobre el acoso, pues ello supuestamente abriría la posibilidad de una avalancha de denuncias infundadas.³¹ Compartiendo la lógica de la suspicacia acerca de la denuncia, la ley estableció que si el tribunal declara que la demanda careció de motivo plausible, el

²⁸ *La Tercera*, “Impuestos Internos investiga a ex directivo por cinco denuncias de acoso sexual”, 26 de abril de 2005.

²⁹ *La Tercera*, “Renuncia ejecutivo de Impuestos Internos tras denuncia de acoso”, 29 de abril de 2005.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Informe Anual de Derechos Humanos 2003, p. 258.

denunciante será condenado a pagar una indemnización al afectado.^{32, 33}

Las dificultades de aplicación que esta ley pueda tener son de variada índole. Por una parte, se trata de cambios legislativos que instan a la erradicación de prácticas arraigadas en una cultura machista y marcada por la subordinación de género y clase, por lo cual se requiere impulsar cambios de conducta y la igualdad de la mujer en el ámbito laboral. Por otra parte, las denunciantes tendrán una fuerte barrera que sobrellevar ante la ausencia o precarias pruebas del acto denunciado. Un estudio realizado por el Centro de Estudios de la Mujer en 1997 y 1998 constató que la mayor frecuencia de acoso se produjo durante las horas extraordinarias y en fines de semana en que se había solicitado la presencia de la trabajadora³⁴, horarios en que habrá menos personas en conocimiento o pudiendo presenciar tales hechos.

Este cambio cultural propuesto se manifiesta en el objetivo de prevención general sobre el cual descansa la ley. Sin embargo, éste se ve limitado por la propia ley en la medida que la obligación de contar con normas internas sobre hostigamiento sexual sólo está prevista para las empresas que cuenten con 10 o más trabajadores.

La incorporación de normas en el Reglamento Interno de la empresa busca que este tipo de situaciones puedan investigarse y resolverse dentro de la empresa. Ello no resulta factible de lograrse, puesto que, como señala una funcionaria de la Dirección del Trabajo, la existencia de desconfianza entre trabajadores y empleadores ha generado que a la fecha un número muy menor de denuncias hayan sido objeto de un procedimiento de denuncia e investigación interna del empleador conforme al Reglamento Interno de la empresa.³⁵

Desde la entrada en vigencia de la ley y hasta el 18 de noviembre de 2005, la Dirección del Trabajo había recibido más de 170

³² Inciso último del artículo 171.

³³ Una argumentación similar se produjo con la tramitación del proyecto de filiación que permite las demandas de establecimiento de paternidad a través de pruebas biológicas y por ello, el juez antes de dar curso a la demanda debía determinar la existencia de plausibilidad de ésta, y se establecía además que quien demandara erróneamente podría ser condenado a pagar una indemnización. Véase Informe Anual de Derechos Humanos 2003. Hechos 2002, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003, p. 276.

³⁴ Pamela Farías A. y Marcela Gómez A., *Op. cit.*, p. 26.

³⁵ Comunicación personal con Paulina Farías encargada de género de la Dirección del Trabajo, Noviembre xx de 2005.

denuncias por acoso. Este número no consigna los casos desestimados por falta de una relación laboral vigente.³⁶

Número de Denuncias recibidas por la Dirección del Trabajo desde marzo al 18 de noviembre de 2005

Región	N° de denuncias
I	5
II	5
III	2
IV	6
V	8
VI	2
VII	6
VIII	16
IX	7
X	12
XI	1
XII	/
Metropolitana	100
Total	175

Fuente: Dirección del Trabajo

La mayoría de las denuncias (100) se recibieron en la Región Metropolitana, mientras que las restantes corresponden a denuncias en regiones. La Octava y la Décima Región registran el número más alto de denuncias después de la Metropolitana cada una con 16 y 12 denuncias respectivamente.

Los datos de la Dirección del Trabajo muestran que 105 de los casos corresponden a actos imputados a un trabajador en calidad de superior jerárquico, 47 a empleadores y 17 a un par.

LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Después de 15 años de vigencia en Chile de la Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley 19.325), el Congreso aprobó unánimemen-

³⁶ *Ibíd.*

te la Ley 20.066, que modificó sustantivamente dicho cuerpo legal.³⁷ Esta reforma fue impulsada por las diputadas Adriana Muñoz y María Antonieta Saa y apoyado por el Servicio Nacional de la Mujer.³⁸

La tramitación de este proyecto se inició en 1999 y experimentó una indicación sustitutiva del Ejecutivo en agosto de 2001. Tanto el Ejecutivo como las Diputadas proponentes de la modificación a la Ley 19.325 evaluaban positivamente la existencia de un cuerpo legal que sancionara la violencia intrafamiliar; sin embargo, luego de 10 años de aplicación, resultaban evidentes sus falencias, tanto en aspectos procedimentales como sustantivos. En las primeras críticas se identificaba el llamado a conciliación obligatorio que hacía el juez bajo la premisa de la unificación familiar sin que se considerara el riesgo a la integridad física y síquica de las personas sometidas a violencia; en materia sustantiva las sanciones aplicables eran de escasa eficacia: de hecho, el juez no podía ordenar el abandono definitivo del agresor del hogar común.³⁹

Esta nueva normativa precisa el concepto de violencia intrafamiliar, el que consiste en todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de un miembro de la familia sobre otro.⁴⁰ Así, no sólo serán materia de sanción todas aquellas acciones que irroguen lesión a la integridad física sino también las acciones u omisiones que signifiquen un daño a la integridad psíquica de las personas.

Al igual que el antiguo cuerpo legal, la nueva regulación establece que será constitutivo de violencia intrafamiliar el que el maltrato se produzca entre personas unidas o que hubieren estado unidas por matrimonio,⁴¹ en una relación de convivencia, o que sin que exista convivencia tengan hijos en común. También se incluye como sujetos activos o pasivos a los parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive del ofensor, de su cónyuge o de su actual conviviente o en aquellos casos en que el maltrato recaiga

³⁷ Gabriela Sandoval, "Congreso aprueba ley que endurece penas por violencia intrafamiliar", *La Tercera*, 7 de septiembre de 2005, p. 16.

³⁸ Promulgada el 22 de septiembre de 2005, publicada en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2005.

³⁹ Esta sólo contemplaba la asistencia a sesiones terapéuticas, la privación de libertad y el pago de una multa a beneficio fiscal.

⁴⁰ Artículo 5 Ley 20.066.

⁴¹ Cónyuge y ex-cónyuge.

sobre algún menor de edad o persona con discapacidad que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.⁴²

El nuevo cuerpo legal obliga al juez a realizar una evaluación de los riesgos a los que la denunciante está expuesta. Ello obligará a que el tribunal adopte medidas concretas de protección a la o las víctimas.⁴³ Se presumirá riesgo inminente cuando haya precedido la amenaza de causar daño y concurra además una o más denuncias previas por violencia intrafamiliar, antecedentes por alcoholismo, drogadicción, condenas previas por violencia o procesos pendientes o condenas por crimen o simple delito en contra de las personas o de algunos de los previstos en los párrafos 5 y 6 de la Ley 17.798 sobre control de armas y explosivos. Esta obligación es una novedad e impone reglas concretas a los jueces, al admitir los casos a tramitación sin esperar para ello el término de la tramitación de la causa.

La principal sanción que la ley impone a los actos de maltrato es la multa, la que, atendida la gravedad del acto, oscilará entre media y 15 unidades tributarias mensuales. La mayor diferencia con el antiguo estatuto es que la multa será aplicada a beneficio de los gobiernos regionales del domicilio del denunciante o demandante con el objeto de apoyar los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar sean éstos de financiamiento público o privado.⁴⁴

Sin perjuicio de la sanción principal constitutiva de una multa, el artículo 9 de la ley dispone que el juez deberá ordenar medidas accesorias consistentes en la obligación del ofensor de abandonar el hogar común; la prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo; la prohibición de porte o tenencia de armas de fuego o decomiso de éstas; y la obligación de asistir a programas terapéuticos o de orientación familiar. Estas medidas no pueden ser impuestas por menos de seis meses y no podrán exceder de un año. Sin embargo, podrán ser renovadas, a petición de la víctima, si las circunstancias que dieron lugar a ellas se mantienen.

Esta disposición podría llevar a algunos problemas de interpretación, puesto que está construida a partir de la obligación de

⁴² Inciso 2° artículo 51 Ley 20.066.

⁴³ Artículo 7 de Ley 20.066.

⁴⁴ Artículo 8 inciso 3° de la Ley 20.066.

imponer las medidas accesorias y ellas pueden significar en algunos casos, que por esta vía, algunos de los condenados no puedan ejercer el oficio o profesión que desempeñan.⁴⁵

El juez también establecerá la obligación de pagar los desembolsos y perjuicios patrimoniales que el acto del ofensor haya causado en daños. Ello incluye la reposición en dinero o en especies de bienes dañados, destruidos o perdidos. Todo ello será avaluado prudencialmente por el juez.

Una de las más importantes críticas que se le hizo a la Ley 19.325 fue que esta materia quedara radicada en los tribunales civiles, con lo cual los distintos aspectos de los conflictos de la familia estaban dispersos en tribunales civiles y de menores. Con la actual ley y la creación de los tribunales de familia, la competencia de esta materia queda radicada en estos tribunales. En las primeras dos semanas de vigencia de los tribunales de familia, el 27% de las causas ingresó por violencia intrafamiliar, en segundo lugar las pensiones de alimentos que alcanzaron al 39,5% de los ingresos.⁴⁶ Las cifras de la Dirección de Protección de la Familia habían registrado más de 76 mil denuncias por violencia intrafamiliar hasta noviembre de 2005. De éstas 67.913 fueron realizadas por mujeres, 6.404 por hombres y alrededor de 1.000 las efectuaron niños.⁴⁷

A su vez, el último inciso del artículo 9 dispone que el juez en la sentencia definitiva por violencia fijará los alimentos definitivos y el régimen de cuidado y de relación directa y regular con los hijos, evitando con ello la dilatación innecesaria de regular situaciones conexas que pueden significar más puntos de conflicto y situaciones de violencia entre las partes y el resto del grupo familiar.

Además, el proyecto ley que modificó la Ley 19.325 sobre violencia intrafamiliar aumenta las penas con las que se podrá sancionar la violencia intrafamiliar, además de explicitar que, al conocer de estas causas, los tribunales de familia serán competentes

⁴⁵ En el pasado algunos denunciados han sido miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía cuyas funciones son consustanciales al porte de armas. Lo mismo ocurre con personas que se desempeñan como guardias de seguridad.

⁴⁶ De 12.744 ingresos, 3.446 correspondían a violencia intrafamiliar. La Nación, "Positivo balance de nuevos tribunales de familia", en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051020/pags/20051020211035.htm accesado el 20 de octubre de 2005.

⁴⁷ *La Tercera*, "Denuncias por violencia intrafamiliar superan las 76 mil este año", 21 de noviembre de 2005.

para conocer tanto de casos de maltrato físico, como psicológicos, aun cuando dichos maltratos no sean habituales.⁴⁸

La ley también reconoce que ciertos actos de maltrato puedan ser conocidos por tribunales penales y que constituyan delito y para ello establece una serie de reglas. Así los actos de violencia no podrán ser materia de acuerdo reparatorio, una de las salidas alternativas que contempla la nueva justicia criminal⁴⁹, y los fiscales podrán promover cualquiera de las medidas cautelares contempladas en la ley 20.066 además de las reseñadas en el artículo 159 del Código del ramo. A su vez, para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía impondrá como una condición una o más de las medidas establecidas en el artículo 9 de la Ley 20.066 y sin perjuicio de las establecidas en el artículo 238 del Código Procesal Penal.⁵⁰

Lo más relevante en materia penal es la tipificación de la figura del maltrato habitual, que será conocimiento de los tribunales penales. La peculiaridad de esta figura, como lo dice su nombre, radica en la habitualidad de la conducta –maltratar física o síquicamente a cualquiera persona de las enumeradas en el artículo 5° de la Ley. La ley se remite a enumerar aquellos elementos que deban considerar los jueces para determinar cuándo están en presencia de maltrato habitual. Para ello considerará el número de actos ejecutados y la proximidad temporal en su ocurrencia, independiente de si los actos de violencia hayan sido ejecutados en contra de la misma o de diferente víctima.

Una de las miradas críticas a la nueva ley surge desde voces de las organizaciones que trabajan directamente con mujeres víctimas. A juicio de éstas, la ley continúa centrándose en “la violencia intrafamiliar” y desperfilando los elementos de género, pues son las mujeres las principales víctimas de la violencia no sólo por una cuestión cultural sino de subordinación de las mujeres en el orden social.

Uno de los aspectos que destaca la ley es la obligación que asume el Estado frente a la erradicación de la violencia, especialmente en contra de mujeres y niños. Para esta función, el Estado debe adoptar medidas conducentes a ello, tales como incorporar

⁴⁸ *La Tercera*, “Promulgan ley que endurece penas por violencia intrafamiliar”, 23 de septiembre de 2005, p. 20.

⁴⁹ Artículo 19 de la Ley 20.066.

⁵⁰ Artículo 17 de la Ley 20.066.

la temática de la violencia en programas de estudio, capacitar a los funcionarios públicos y, en general, desarrollar actividades tendientes a lograr los fines de la ley.⁵¹

Sin embargo, se advierte que la dictación de esta ley no contempló el financiamiento ni el desarrollo de personas especializadas para aquellas instituciones que tendrán una mayor carga de trabajo y que no han tenido una política definida en la materia, particularmente en el ámbito penal. Sin perjuicio de ello, el año 2006 se abrirán seis nuevos centros de prevención y atención para víctimas de violencia intrafamiliar, lo que se agrega a los 23 centros en funcionamiento.⁵²

El sistema penal, previa determinación de los tribunales de familia, jugará un rol central en lo concerniente al maltrato habitual, cuestión que debiera integrar los otros delitos cometidos en ocasión de la violencia intrafamiliar (lesiones, daños, amenazas). Todo ello en el marco de la ardua discusión legislativa frente a la violencia psicológica.⁵³

El Ministerio Público, a través de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, ha tenido un acercamiento al tema de la violencia sexual en contra de niñas y niños, el que se manifiesta en la capacitación, producción de normas internas y prácticas que instan a evitar la victimización secundaria.⁵⁴ Sin embargo, el Ministerio Público o esta Unidad, carece de una política de persecución penal o planes de capacitación a sus funcionarios con herramientas concretas para entender la compleja trama de la violencia en contra de la mujer y que le permita a sus funcionarios un adecuado abordaje que considere los estándares de derechos humanos en la materia.

A su vez, la mirada de política criminal del Ministerio Público no ha incorporado a las mujeres como un grupo relevante de sus

⁵¹ Artículo 3 de la Ley 20.066.

⁵² *La Tercera*, "Denuncias por violencia intrafamiliar superan las 76 mil este año", 21 de noviembre de 2005.

⁵³ *La Tercera*, "Aprueban punto clave. Avanza ley de violencia intrafamiliar", 19 de agosto de 2005, p. 19.

⁵⁴ El estudio realizado sobre la evaluación de la reforma procesal penal encontró que varios de los operadores entrevistados consideraban que la violencia era una materia que escapaba al ámbito de su competencia. Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de Género. Una evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena. Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales N° 16, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2004.

políticas en tanto víctimas de situaciones de violencia y que se manifiesta en delitos de homicidio, lesiones y amenazas. Entendemos que la violencia no sólo produce víctimas “tradicionales” sino también mujeres, que en una espiral de violencia, terminan con la vida de sus agresores. Esta ley obliga a que esta institución se comprometa con una mirada distinta a la violencia en la familia.

La Defensoría Penal Pública ha incorporado indicadores de género en su gestión y con ello ha iniciado un proceso de reflexión e integración de una perspectiva de género. Ello debiera redundar en un mayor conocimiento y mejores herramientas para un abordaje adecuado en casos de violencia.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Discriminación por Embarazo y Maternidad en los Establecimientos Escolares

La discriminación por razón de embarazo o maternidad se encuentra prohibida por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE), a partir de la modificación del año 2000. Sin embargo, dicha reforma no contempló ninguna sanción, la que fue incorporada sólo más tarde, durante la tramitación de la ley sobre Jornada Escolar Completa.

A partir de estas modificaciones legales, el Ministerio de Educación elaboró un Reglamento que detalla las obligaciones de los establecimientos escolares en materia de discriminación por embarazo y maternidad, el que fue dictado en marzo de 2004 y publicado en el Diario Oficial un año después.⁵⁵ La no discriminación es un piso para todos los establecimientos escolares que cuenten con financiamiento público, pues los reglamentos que los establecimientos escolares dictan para su comunidad no puede vulnerar las obligaciones establecidas por esta normativa, reduciéndose el espacio de arbitrariedad que tenían las escuelas en la materia. Así, los establecimientos, pese a recibir financiamiento público, anteriormente establecían normas sobre marginación escolar por razón de embarazo, justificándolo bajo la idea de que

⁵⁵ Decreto N° 79 del Ministerio de Educación publicado en el Diario Oficial el 24 de marzo de 2005.

el reglamento escolar es parte del contrato y las partes son libres para aceptarlo.

El reglamento reitera que la marginación escolar a través de la cancelación, suspensión, o negación de matrícula está prohibida y constituye un acto de discriminación. Además, especifica que tampoco se permite el cambio de jornada o a un curso paralelo, salvo que la estudiante lo haya solicitado expresamente en beneficio de su salud,⁵⁶ ni que se vulnere el derecho de las adolescentes a participar en actividades programáticas o extraprogramáticas o en las organizaciones estudiantiles.⁵⁷ Los establecimientos escolares que vulnere la norma serán sancionados con una multa de 50 UTM, la que será doblada en caso de reincidencia.⁵⁸ Estas normas son relevantes, pues dan cuenta de la realidad que experimentan algunas adolescentes, a quienes si bien no se margina del todo, son impedidas por el establecimiento escolar de participar de actos públicos o a las que se les modifican algunas de las condiciones de enseñanza.

Con el objeto de ayudar en el proceso de mantener a las jóvenes madres en el sistema escolar, el Reglamento dispone que los establecimientos escolares tendrán la obligación de entregar apoyo pedagógico y tutorías y flexibilizar sus normas en cuanto a asistencia y evaluaciones.⁵⁹

Esta reglamentación se suma a la política de abrir salas cunas para los hijos de adolescentes madres que quieran seguir estudiando, pero que por falta de apoyos familiares o institucionales desertan del sistema escolar. Este será un proyecto impulsado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles y que consistirá en darle una subvención al establecimiento escolar de una suma de \$ 80.000 mensual por cada bebé que albergan mientras las madres estudian. Esta política se impulsará en forma voluntaria con los establecimientos educacionales que deseen participar, los que deberán acreditar la existencia de un espacio adecuado y señalar las condiciones de cuidados de esos niños.⁶⁰

Estas medidas se complementan con las políticas de retención de alumnas madres o embarazadas en el sistema escolar. El Mi-

⁵⁶ Artículo 3.

⁵⁷ Artículo 8 del Decreto N° 79 del Ministerio de Educación.

⁵⁸ Gracia Rodrigo, "Publican reglamento para alumnas embarazadas", *La Tercera*, 25 de marzo de 2005.

⁵⁹ Artículo 10.

⁶⁰ *La Segunda*, "Gobierno impulsa salas cunas dentro de los liceos para escolares embarazadas", 22 de noviembre de 2005, p. 7.

nisterio de Salud emprendió la tarea de realizar un catastro sobre cifras de embarazo y maternidad por comuna, a fin de focalizar de mejor forma las políticas en la materia el que arrojó cerca de 24 mil madres en el sistema escolar.⁶¹ Estas cifras incluyen a jóvenes que estudian tanto en la educación primaria como secundaria en jornada diurna y nocturna. Para estas jóvenes el Ministerio ha implementado un sistema de becas de retención que asciende a una suma de \$150.000 pesos, pagados en tres cuotas, que sirva para ayudarlas a sufragar el costo del cuidado infantil mientras asisten a clases.

Las políticas implementadas por el Ministerio de Educación habían duplicado la asistencia de jóvenes embarazadas a partir de intervenciones como las señaladas a partir del 2003, y uno de los temas pendientes y que estudia modificar el Ministerio es flexibilizar la subvención a los sostenedores.⁶² No obstante, la estructura de financiamiento del sistema escolar produce un problema, puesto que la subvención es pagada por cada día de asistencia de alumno. En el caso de jóvenes embarazadas y madres de pequeños, ellas suelen tener una mayor inasistencia que el promedio por cuestiones propias del embarazo y la maternidad, lo que hace en la práctica que esto se traduzca en desincentivos para tener a jóvenes en el sistema escolar.

Educación en Sexualidad

Otras de las iniciativas desplegadas desde el Ministerio de Educación en materia de educación y jóvenes fue avanzar en una agenda que profundizara los planes para desarrollar educación en afectividad y sexualidad en los establecimientos educacionales. El Ministro de Educación convocó a una comisión de trabajo, compuesta por expertos de la sociedad civil de distintas disciplinas, padres, madres, estudiantes y profesores, los que sesionaron durante 2004 para revisar y entregar orientaciones y recomendaciones a la Política de Educación en Sexualidad iniciada en 1993. Esta Comisión entregó sus resultados en abril de 2005, fecha desde la cual el Ministerio constituyó un equipo en su interior para hacer efectivas las recomendaciones y planes de acción propuestos.⁶³

⁶¹ *La Tercera*, "Catastro de MINEDUC registra 23 mil madres escolares", 24 de noviembre de 2005.

⁶² *La Segunda*, "Primeras cifras de embarazo escolar", 23 de septiembre de 2005.

⁶³ Ministerio de Educación, Comisión de Evaluación y Recomendaciones sobre Educación Sexual, Educación Serie Bicentenario, Santiago, 2005.

Esta nueva mirada tiene como fundamento la necesidad de adecuarse a los estándares establecidos por Convención sobre Derechos del Niño, lo cual incluye el reconocimiento de que la educación en sexualidad no es sólo un derecho sino también un deber ineludible de la familia, de la escuela y del Estado.⁶⁴ Una de las principales novedades que tiene este Plan de Educación Sexual es la incorporación de un plan más específico con indicadores sobre metas de cobertura y logros de tres fases de implementación desde 2006 hasta 2010. Las temáticas que plantea este plan abarcan nuevas áreas, tales como desarrollo psicosexual, género, afectividad y sexualidad, VIH/SIDA, abuso sexual infantil, embarazo adolescente y orientación sexual. El plan contiene una perspectiva de género a fin de adoptar políticas que propicien mayor equidad entre los sexos, para que los jóvenes asuman responsablemente su sexualidad, lo que considera la planificación de embarazos, paternidad y maternidad responsable y la crianza de sus hijos.

Otro elemento que se destaca del Plan es su propuesta en la capacitación de docentes y formación de futuros docentes, asegurando que los estudiantes de pedagogía adquieran los conocimientos para desarrollar la docencia en temas de sexualidad y afectividad.⁶⁵ Se espera capacitar a 5.500 profesores de enseñanza básica, pues se ha constatado que aun cuando el currículum escolar considera materias de sexualidad y afectividad desde los primeros años de la enseñanza básica, éstas no siempre se entregan correctamente.⁶⁶ Esta iniciativa también contemplará la entrega de materiales de apoyo a 4.500 educadoras de párvulos.

Esta iniciativa, sin embargo, no ha estado exenta de críticas. El director del área de educación de la Conferencia Episcopal criticó el Plan de Educación Sexual lanzado por el Ministerio de Educación, pues a juicio de la Iglesia Católica el documento no se refiere al amor vinculado a la sexualidad pese a ser una de las razones que dan los propios jóvenes a la hora de iniciar su vida sexual.⁶⁷ No obstante, la Iglesia reconoció que este documento ministerial hacía referencia a la familia y a la existencia de una diversidad de visiones en una sociedad plural.⁶⁸ En similar sentido se manifestó el Instituto Libertad y Desarrollo, que ha adver-

⁶⁴ Plan de Educación en Sexualidad y Afectividad, Ministerio de Educación, 2005.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *La Tercera*, "Plan de educación sexual apunta a capacitar a padres y docentes", 16 de septiembre de 2005.

⁶⁷ *La Tercera*, "Critican Plan de educación sexual", 17 de septiembre de 2005.

⁶⁸ *Ibíd.*

tido que los programas de educación sexual muchas veces terminan induciendo a los jóvenes a tener una vida sexual más precoz, señalando, además, que, más que centrarse en la prevención del embarazo, el Plan deberá enfocarse en retardar la iniciación sexual de los jóvenes.⁶⁹ A la par de ello, sin embargo, reconoció la importancia de la iniciativa referida.⁷⁰

Atendida la estrategia de la Administración Lagos en la materia, será materia de evaluación cómo en la práctica se desarrolla un proyecto de educación en sexualidad en el futuro Gobierno, que rompa con el inmovilismo de los últimos años.

Acceso a la anticoncepción de emergencia o “píldora del día después”

Desde 2001 en Chile se ha debatido en distintos planos el acceso a la anticoncepción de emergencia, también conocida como ‘píldora del día después’. A fines del 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago había revocado por unanimidad el fallo del 20° Juzgado Civil de Santiago que acogía la demanda del Centro Juvenil Ages en contra del Instituto de Salud Pública.⁷¹ Posteriormente la demandante interpuso un recurso de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema.

El Informe Anual anterior dio cuenta del nuevo debate público en torno a este anticonceptivo, dando cuenta de que el Ministerio de Salud publicó en abril del 2004 la guía clínica para el tratamiento a víctimas de violencia sexual, el que incluía la anticoncepción de emergencia como medida profiláctica para evitar embarazos no deseados en casos de violación. El 2005 se inició con otra polémica, cuando el ex Subsecretario de Salud, Antonio Infante, anunció el 8 de marzo que se entregaría este anticonceptivo de emergencia a todas las mujeres que lo necesitaran, sin considerar que hubiera mediado una agresión sexual, lo cual sería parte de la modificación a las Guías Clínicas y Normas Técnicas de Regulación de la Fecundidad.⁷² La decisión de

⁶⁹ Libertad y Desarrollo; Temas Públicos, N° 743; “Embarazo Adolescente: Una Causa Más de Pobreza”; 7 de octubre de 2005; página 5 a 8.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública, Causa rol 5839-2002 de 20° Juzgado Civil de Santiago.

⁷² Ana María Morales y Jorge Poblete, “Gobierno fue informado de cambios en entrega de la píldora del día después” [“Gobierno fue informado”], *La Tercera*, 14 de marzo de 2005, p. 19.

entregarle el anticonceptivo a todas las mujeres se basaba en los estudios que demostraban la inequidad de acceso del método por su alto costo y la necesidad de una receta.⁷³ Aunque todos los jefes de servicio estaban en conocimiento de la nueva medida, cuando el Subsecretario Infante la anunció, el Ministro de Salud echó pie atrás, provocando una crisis en el Ministerio, que el Presidente de la República resolvió al pedirle la renuncia al subsecretario y mantener en su cargo al Ministro.

Esta situación refleja posturas encontradas en la administración de gobierno entre sectores más liberales y otros más conservadores frente a la autorización y distribución de la 'píldora del día después'. Así, sectores de la Democracia Cristiana se han contrapuesto con los del bloque PS-PPD, que llevaron a los parlamentarios de este bloque a sostener que las críticas del Ministro García a la píldora pos coital son producto de superponer sus convicciones valóricas por sobre materias técnicas, pidiendo su destitución.⁷⁴ El Ministro de Salud sostuvo que el tema de la entrega universal no estaba zanjado porque todavía no se despejaban dudas respecto del efecto de la implementación de la medida.⁷⁵ Esta versión queda en entredicho, pues el propio gobierno a través de la Cancillería y su Misión Permanente de Chile ante la OEA envió una nota a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Matus y otras con Chile"⁷⁶ por denegación de justicia por la primera actuación judicial en contra de la píldora en el 2001. En ella se señalaban los planes del gobierno de universalizar el acceso del método, la evaluación de mantener la receta retenida y la actualización de las normas técnicas sobre regulación de la fecundidad.⁷⁷

Desde el impasse político que significó la salida del ex Subsecretario de Salud, el Ministerio de Salud no avanzó y paralizó la publicación de las normas técnicas de regulación de la fecundidad actualizadas, las cuales se hallan listas desde principio de 2005.⁷⁸ Este trabajo, realizado con la participación activa de las

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *La Tercera*, "Piden destitución de Ministro García", 15 de marzo de 2005, p. 19; A. Morales, G. Sandoval y P. Riquelme, "Gobierno cierra filas con García y pospone debate de la píldora", *La Tercera*, 16 de marzo de 2005, p. 5.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Denuncia 12.410 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁷ A.M.M. y J.P., "OEA revela que Chile propuso extender entrega de píldora", *La Tercera*, 17 de marzo de 2005, p. 10.

⁷⁸ Ana María Morales y Jorge Poblete, "Gobierno fue informado", *Op. cit.*

organizaciones de la sociedad civil APROFA e ICMER, plantea el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la población, la entrega de servicios de calidad y el respeto por las decisiones de las personas en materia de reproducción y sexualidad. También incorpora expresamente un abordaje distinto con la sexualidad en los adolescentes y proponía que la anticoncepción de emergencia fuera liberada de la receta retenida y se ampliara a todas las mujeres que la necesitaran.⁷⁹

Todo ello en un contexto en el que las encuestas han reflejado el apoyo ciudadano al uso de este anticonceptivo. La última de ellas, efectuada por la Consultora Feedback en julio de 2005, mostró que de las 800 personas encuestadas de la Región Metropolitana, un 71% de ellas estaba de acuerdo con su uso, un 23,6% en contra y un 5,4% no contestó.⁸⁰

El año terminó positivamente en este tema con la dictación de una sentencia favorable de la Corte Suprema.⁸¹ La Tercera Sala Constitucional de la Corte rechazó por unanimidad los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el Centro Juvenil AGES.⁸²

Estos recursos tenían dos grandes líneas argumentativas. La primera decía relación con la infracción al artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 6, porque a juicio de la demandante, la Corte de Apelaciones no habría resuelto el asunto controvertido, y con ello, supuestamente habría renunciado a su obligación jurisdiccional. Esta alegación fue rechazada por la Corte Suprema, por estimar que la cuestión fue resuelta sin existir contradicción alguna entre las peticiones de los apelantes y lo realizado por la Corte de Apelaciones.⁸³ La segunda línea de argumentación se relacionaba con la casación en el fondo, la que se fundamentaba en la negativa a reconocer la legitimación activa del demandante, el desconocimiento del estatuto jurídico del *nasciturus* y la violación a las leyes regulatorias de la prueba.

⁷⁹ Ana María Morales, "Lagos afirma que todas las mujeres deben tener acceso a píldora del día después", ["Lagos afirma"] 19 de marzo de 2005, p. 31.

⁸⁰ Ana María Morales, "El 90% de los chilenos aprueba el uso del preservativo entre adolescentes", *La Tercera*, 15 de agosto de 2005, p. 13.

⁸¹ "Centro Juvenil AGES con Instituto Chileno de Salud Pública", Corte Suprema rol 1039-2005, 28 de noviembre de 2005.

⁸² Integraron la sala los Ministros Enrique Tapia, Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica y el abogado integrante Manuel Daniel.

⁸³ Considerando 5°.

Sobre la legitimidad procesal, la Corte Suprema determinó que “la acción es un derecho público subjetivo, dirigido a los órganos jurisdiccionales, encaminado a obtener una tutela jurídica concreta”⁸⁴ y que su legitimidad está fundamentada en la medida en que constituye un cuerpo intermedio de la sociedad con personalidad jurídica, “que propende a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida desde el momento de la concepción, dicha condición jurídica le permite legítimamente accionar en defensa de bienes jurídicos”.⁸⁵ Todo ello además complementado con el numeral tercero⁸⁶ y 14⁸⁷ del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Con ello acogió la causal de casación. Esta argumentación hizo suyo los argumentos de la demandante y lo resuelto por la Corte Suprema en agosto de 2001 cuando acogió los recursos de protección en contra de Postinal, otro producto dedicado, aduciendo la legitimidad procesal de los recurrentes a partir de los fines que perseguían.

No obstante, la Corte consideró que una cosa es contar con el derecho a accionar y la otra es que la Corte acoja las pretensiones que se deducen,⁸⁸ desestimando la violación a las leyes probatorias aducidas por el demandante. La sentencia expresa que el demandante confirma que el supuesto efecto del levonorgestrel sobre el endometrio no sobrepasó el estado de la duda –cuestión que es reconocida por el demandante– y que en este hecho no existe ningún beneficio de presunción ni se produjo de manera alguna un quebrantamiento a las leyes de la prueba, por lo cual esa causal de casación no es acogida. La Corte afirma que la discrepancia se produce con medios de pruebas que no son precisos, por lo cual el tribunal resuelve de acuerdo a su apreciación de ésta, lo cual escapa, por ese motivo al control por medio de la casación.⁸⁹

Señala además la Corte que no fue probado en el juicio el carácter abortivo del fármaco ni que su utilización pudiera provocar, con algún grado de certeza, un peligro para la vida del que está por nacer, por lo cual el organismo público actuó legalmente y dentro del ámbito de su competencia.⁹⁰

⁸⁴ Considerando 18°.

⁸⁵ Considerando 21°.

⁸⁶ El derecho a la igual protección ante la ley.

⁸⁷ Derecho a petición.

⁸⁸ Considerando N° 19.

⁸⁹ Considerando 26°.

⁹⁰ Considerando 34°.

Por último, la Corte desestima las alegaciones que se hicieron en estrados al igual que en los numerosos escritos, en el sentido de que su decisión no podría contradecir lo resuelto el 30 de agosto de 2001 en la acción de protección en contra de Postinal. En este sentido, la Corte indica que no se adujo la excepción de cosa juzgada, que las sentencias poseen un efecto relativo (o sea, sólo para el caso específico de que se trate) y que dado el carácter cautelar de la acción constitucional de protección, las decisiones que se adopten en el marco de ella son sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer.⁹¹

La reacción de parte del Ministro de Salud fue la de valorar que la decisión de política pública seguida por el gobierno se ajusta a la legalidad.⁹² Bajo este nuevo escenario, es evidente que la autoridad ya no podrá seguir usando como escudo la existencia de un proceso judicial para diferir la adopción de medidas que aseguren que el acceso a la anticoncepción de emergencia esté exento de discriminación a mujeres de estratos socioeconómicos con menos recursos, cuestión que fue reconocida por el propio Presidente Lagos⁹³ y por uno de los candidatos presidenciales de la Derecha.⁹⁴

Aun cuando el Ministro de Salud señaló con posterioridad al fallo que toda "medida es siempre analizable", él mismo sostuvo que le "interesa que las personas adhieran a procedimientos de anticoncepción más permanentes".⁹⁵ Con ello dejó entrever que bajo su administración no habría modificación de su política de no abrir las posibilidades en el uso de la píldora más allá de las mujeres que hubieran sido violentadas sexualmente, cuestión que ha sido criticada por organizaciones de mujeres así como por parlamentarios y por el propio ex Subsecretario de Salud.⁹⁶ Algunos parlamentarios, como el senador Alberto Espina, señalaron que si bien la píldora fue declarada no abortiva, se debe ven-

⁹¹ Considerando 37°.

⁹² Héctor Cruzatt y Ximena Muñoz, "Suprema da luz verde a venta de la píldora del día después", *Diario Siete*, 29 de noviembre de 2005, p. 7.

⁹³ Ana María Morales, "Lagos afirma", *Op. cit.*

⁹⁴ *El Mercurio*, "Piñera: No se puede discriminar en la venta de la 'píldora del día después'", en <http://www.emol.com> accesado el 29 de noviembre de 2005.

⁹⁵ *El Mostrador*, "Píldora: Ministro dice que fallo de la Suprema confirma decisión sanitaria", 28 de noviembre de 2005

⁹⁶ Héctor Cruzatt y Ximena Muñoz, *Op. cit.* y Ana María Morales, "Piden a Ministro de Salud masificar uso de 'píldora del día después' en *La Tercera on Line*, 30 de noviembre de 2005

der en forma controlada y restringida⁹⁷, con lo cual se advierten resquemores frente a un acceso más igualitario. Esto contrasta con resultados de estudios con usuarias en Canadá, país en que se midió la liberalización de la venta que se aplicó en el año 2000 y que muestra que las principales usuarias son mujeres mayores de 30 años, y no adolescentes. Estas representarían no más allá de un 3% de las consultas, y que según médicos chilenos se encuentra dentro de la tendencia que se observa en Chile.⁹⁸

De esta manera, el acceso universal a la anticoncepción de emergencia es un desafío para el sistema de salud, a fin de que todos los consultorios del país efectivamente la entreguen a las potenciales usuarias. Desde el punto de vista del ejercicio al derecho de la salud de las mujeres y de las obligaciones que le competen al Estado, es esperable que el Ministerio de Salud adopte medidas en contra de aquellos alcaldes que boicotean la política sanitaria declarándose 'objetores de conciencia' quienes no acatan los dictados técnicos del gobierno central. Así, después de casi 20 meses de que el sistema de salud público diera la posibilidad de que mujeres violadas pudieran acceder gratuitamente a la 'píldora del día después', se entregaron 350 dosis de 35.000 (menos de un 1% del stock) y el resto se mantienen guardadas y sin uso.⁹⁹

Las desconfianzas que se advierten frente a la mayor accesibilidad de la píldora han estado ligadas a otras situaciones del ámbito de la biología reproductiva. El proyecto de ley sobre clonación humana¹⁰⁰ que se discute en el Congreso impulsado por el Senador demócrata cristiano Mariano Ruiz-Eskide, provocó fuertes discusiones al establecer en su artículo 1º una protección a la vida de los seres humanos a partir de la concepción.¹⁰¹

⁹⁷ Ana María Morales y Macarena Royo, "Fallo definitivo de la Suprema permite venta de la píldora del día después", *La Tercera*, 29 de noviembre de 2005, p. 22.

⁹⁸ *La Tercera*, "Mayores de 30 años son principales usuarias de la píldora del día después", 27 de abril de 2005.

⁹⁹ *La Tercera*, "Menos del 1% del stock de píldoras del día después se ha distribuido", 3 de diciembre de 2005.

¹⁰⁰ Boletín 1993-11 ingresado al 12 de marzo de 1993 en el Senado.

¹⁰¹ El artículo 1 propone que "esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, de su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética en relación a la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas." Esta redacción habría sido producto de una comisión transversal integrada por María Angélica Cristi (UDI), Marcelo Forni (UDI), Juan Masferrer (UDI), Patricio Melero (UDI) y Fulvio Rossi (PS). Ver M. Alam, M. Broschek y P. Canales, "El día en que Lagos quiso echar a su Ministro de Salud", *La Tercera*, Reportajes, 27 de noviembre de 2005, p. 12.

A juicio del Ejecutivo, de no mediar un veto aclaratorio, este proyecto podría tener un eventual efecto adverso en temas de reproducción humana, fertilización asistida y anticoncepción en que sectores conservadores han intentado establecer fronteras rígidas de protección jurídica. El Ministro García se habría negado originalmente a firmar el veto, y para ello contó con el respaldo de su partido, pero finalmente cedió para evitar una crisis mayor.¹⁰²

Al hacerse pública la discusión, Fernando Chomalí, profesor de bioética de la Universidad Católica entregó la postura oficial de la Iglesia Católica la que rechazó el veto presidencial por pauperizar el proyecto apuntando principalmente a los temores de La Moneda. El sacerdote Chomalí señaló que “las técnicas de fecundación artificial no protegen la vida, las estadísticas muestran que eliminan o la congelan, sólo a algunos, en el mejor de los casos [y] es sabido que los mecanismos de anticoncepción tienden cada vez más a ser abortivos”.¹⁰³ Por su parte, el entonces candidato presidencial Joaquín Lavín señaló que “yo al menos nunca voy a aprobar una ley que vaya en contra de los valores cristianos”.¹⁰⁴

Campañas sobre el SIDA

Como hace cada año, el Ministerio de Salud emprendió en 2005 una serie de actividades de prevención del VIH. Lo normal es que éstas produzcan críticas tanto de sectores religiosos como políticos. Este año no ha sido excepción, tal como se verifica en los Informes Anuales de Derechos Humanos anteriores. Una de las actividades realizadas para la prevención del VIH/SIDA fue conocida como “la ruta del condón”, una campaña diseñada para informar y educar sobre el uso del profiláctico como medida preventiva para evitar el contagio del SIDA. Sin embargo, la actividad final fue prohibida para los menores de 15 años, los que sólo podrían ingresar a la Estación Mapocho acompañados de sus padres. Esta restricción para adolescentes es una manifestación más de las barreras institucionales y culturales para que los jóve-

¹⁰² José Miguel Wilson, “DC admite rechazo de ministro García a veto”, *La Tercera*, 29 de noviembre de 2005, p. 5.

¹⁰³ Alam, M. Broschek y P. Canales, Op. cit. p. 13.

¹⁰⁴ *La Tercera*, “Lavín: Un ministro nunca debe firmar algo que va contra sus principios y valores”, *La Tercera* On line, 28 de noviembre de 2005.

nes puedan contar con información veraz y completa sobre reproducción y sexualidad. Se produce la paradoja de que una actividad oficial cuyo principal objetivo es educar a la población sea restringida precisamente a la población adolescente la que experimenta mayores problemas de adquisición de preservativos. Las cifras muestran que un 74% de ellos no adopta medidas de prevención en sus relaciones sexuales.¹⁰⁵

Los resultados de los últimos estudios muestran que las campañas de prevención de VIH deben ser género-sensitivas, es decir, ya que se constatan prejuicios en el uso de profilácticos, los que se deben derribar para que las campañas sean más eficaces. El estudio de FLACSO para CONASIDA encontró que los jóvenes de entre 15 y 24 años son los más prejuiciosos al uso del condón. Además, el estudio llama la atención sobre el hecho de que mientras la percepción de la población sobre uso de condón por los hombres es vista como positiva (pues el hombre se cuida a sí mismo y a su pareja), las mujeres que lo usan a menudo son percibidas como promiscuas.¹⁰⁶

Los resultados también dan cuenta de las dificultades que las mujeres encaran al momento de hablar del condón con sus parejas, lo cual tiende a generar desconfianza, y un escaso poder de negociación frente al uso del profiláctico con sus parejas. El estudio muestra que cuando las mujeres plantean el tema del uso del condón se pone en duda la fidelidad de la pareja, lo cual generalmente termina en una discusión.¹⁰⁷

La campaña del 2005 tuvo una duración de tres meses y su costo ascendió a \$ 800 millones financiados por el Ministerio de Salud y el Fondo Global contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria.¹⁰⁸ Una vez que se lanzó a través de mensajes en radio, televisión y medios escritos se dio paso a una ola de críticas que perdieron fuerza en el tiempo.

Esta es la primera vez que la campaña es explícita respecto del uso de condón como una principal medida para evitar el contagio.¹⁰⁹ La Conferencia Episcopal criticó la campaña por escindir

¹⁰⁵ *La Tercera*, "Difunden uso de preservativo en jóvenes", 27 de julio de 2005.

¹⁰⁶ *La Tercera*, "Prejuicios y falta de acceso limitan uso de preservativo en Chile", 13 de septiembre 2005.

¹⁰⁷ *La Tercera*, "Mujeres creen que hablar de prevención del SIDA con sus parejas genera desconfianzas", 26 de septiembre de 2005.

¹⁰⁸ *La Tercera*, "Lagos defiende campaña del SIDA", 11 de octubre de 2005.

¹⁰⁹ *La Tercera*, "Más del 80% de los encuestados aprueba campaña del SIDA", 10 de octubre de 2005.

la sexualidad de su dimensión procreativa y reducir la solución a una fórmula única: el uso del preservativo.¹¹⁰ Más aún, el Cardenal Errázuriz calificó los spots como dolorosos durante la canonización del Padre Hurtado.¹¹¹ La presión de la Iglesia habría influenciado a las autoridades de salud de la Región Metropolitana y el Ministro García quienes habrían cedido originalmente a la demanda de la Iglesia de suspender la campaña durante la canonización del padre Alberto Hurtado. Esta decisión fue revertida por orden del Presidente Lagos y los spots se mantuvieron.¹¹² Como en años anteriores, dos canales de televisión abierta –Canal 13 de la Universidad Católica y Megavisión– se negaron a transmitir los spots. Sectores políticos de la Derecha también criticaron la campaña, pues el uso del condón podría influenciar cambios de conducta de sectores de mayor riesgo de contagio traduciéndose en relaciones sexuales promiscuas.¹¹³ Esta postura contrasta con una encuesta realizada por un medio de prensa escrita que muestra que el 80% de los encuestados aprueba la campaña, y el 67% opina que los canales de televisión debieran ser obligados a pasar los spots de la campaña.

Por otro lado, también se han producido críticas y quiebres entre el gobierno y las organizaciones de la sociedad civil que participaron de la elaboración de la campaña (Vivo Positivo y Asosida).¹¹⁴ Ello ocurrió ante el impasse de que en el lanzamiento de la campaña en un liceo de la Octava Región se hubieran entregado condones a los adolescentes, cuestión que fue criticada por el Ministro de Educación Sergio Bitar, reconociendo el error el Ministro de Salud.¹¹⁵ En todo caso, como ha sido también la tendencia de que la intersectorialidad sea poco practicada en temas catalogados de “complejos”, la campaña había incorporado precisamente la imagen de una estudiante con uniforme escolar, con lo cual se quiere llegar a un segmento específico de la población.

¹¹⁰ *La Tercera*, “Gobierno informa a Iglesia Católica que no modificará campaña del SIDA”, 13 de octubre de 2005.

¹¹¹ *La Tercera*, “Cardenal califica spots del SIDA como mayor desencuentro con gobierno”, 24 de octubre de 2005.

¹¹² Comunicación personal con funcionario del Ministerio de Salud, 20 de octubre de 2005.

¹¹³ Libertad y Desarrollo, Temas Públicos, “Campaña de Prevención del SIDA”, N° 747, 4 de noviembre de 2005, p. 8.

¹¹⁴ *La Tercera*, “Se quiebra alianza entre gobierno y organizaciones por campaña del SIDA”, 28 de octubre de 2005.

¹¹⁵ *La Tercera*, “Salud admite error en no detallar a Bitar campaña del Sida”, 29 de Octubre de 2005.

TRIBUNALES DE FAMILIA Y DIVORCIO

El Informe Anual anterior informó sobre la promulgación de la ley de divorcio, la que lleva más de un año de vigencia al cierre de este informe, así como de la creación de los tribunales de familia, los cuales comenzaron a funcionar el 1° de octubre de 2005.

La Ley de Matrimonio Civil permite que las personas primero contraigan matrimonio por la Iglesia y posteriormente el mismo sea ratificado en el Registro Civil. Esta modalidad ha sido usada en más de mil matrimonios hasta fines de septiembre de 2005.¹¹⁶

Sin duda el 2005 fue un año de ajustes para la aplicación de la ley de divorcio, ya que ella mostró una serie de problemas que sólo pudieron subsanarse con modificaciones legales. A mediados de noviembre, las cifras indican que ingresaron más de 16.000 casos de divorcio y que se habían resuelto no más de 650 casos.¹¹⁷

Uno de los inconvenientes detectados fue que algunas causas por divorcio se paralizaban cuando una de las partes no comparecía ante el tribunal. La ley establecía que las partes deben comparecer personalmente, por lo cual, la ausencia, ya fuera por impedimentos físicos o por motivos de otra índole creaba problemas prácticos para la consecución en la tramitación del divorcio, lo que a juicio del jefe jurídico del Ministerio de Justicia creó cuellos de botella.¹¹⁸

Con la entrada en operación de los tribunales de familia, el año 2006 será un año de evaluación de los operadores, del sistema, que aún está en marcha blanca. La composición y carga de trabajo de éstos en las primeras dos semanas de vigencia, mostró que los juicios por pensión de alimentos ocupaban el primer lugar (39,49%), le siguen en segundo lugar, las demandas por violencia intrafamiliar (27,04%) y en tercer lugar, el divorcio (11,13%).¹¹⁹

A diferencia de la reforma procesal penal, que se aplicó en forma gradual en diferentes regiones de Chile, permitiendo que los operadores aprendieran de los errores para un mejor funcio-

¹¹⁶ *La Tercera*, "más de mil matrimonios se han hecho previo al del Registro Civil", 26 de septiembre de 2005.

¹¹⁷ *La Tercera*, "agilizan tramitación de causas de divorcio", 20 de noviembre de 2005.

¹¹⁸ *La Tercera*, "Cambios de divorcio debieran estar operativos en 15 días", 27 de noviembre de 2005.

¹¹⁹ *La Nación*, "Positivo balance de nuevos tribunales de familia", 20 de octubre de 2005 en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051020/pags/20051020211035.htm accesado el 20 de octubre de 2005.

namiento del sistema, la entrada en vigencia de los tribunales de familia no tuvo tal característica. Esto ha sido un factor relevante en los graves problemas observados en su funcionamiento.

Un grupo de investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales preparó en el mes de enero de 2006 un informe preliminar sobre los problemas que se han detectado en los primeros meses de funcionamiento.¹²⁰

El informe señala que “la implementación de esta reforma no fue bien planeada. En lugar de realizar una entrada en vigencia gradual, como ocurrió con la reforma procesal penal, se optó por una puesta en marcha simultánea en todo el país”, y se efectuó una errónea estimación de los plazos de entrada en vigor de la reforma, lo que no permitió que jueces y funcionarios fueron efectivamente capacitados para una justicia de familia distinta.¹²¹

Este problema de falta de planificación se suma a otros factores como la ausencia de intervención de letrados para litigar. Ello incide en un significativo aumento de la carga de trabajo, lo cual además ocasionaría problemas prácticos en la conducción de las audiencias.¹²² A su vez, este aumento de la carga de trabajo ante las promesas de un mejor sistema de justicia de familia ha dejado de manifiesto problemas de gestión. Ello se produce, entre otras razones, debido a que se programa un número reducido de audiencias, las que en caso de no efectuarse por problemas de notificación o de desarrollarse en un lapso más breve del anticipado, dejan tiempo ocioso para los jueces de familia, al tiempo que se advierte importantes lapsos de espera para que una persona obtenga su primera audiencia.

A lo anterior cabe agregar que las respuestas de descongestión del sistema a través de la mediación han sido mínimamente ocupadas. Ello se produce, en primer término, por insuficiencias administrativas. El llamado para licitación de servicios de mediación anexo a los tribunales se realizó a fines de octubre y su resultado se conoció en diciembre, y entró a operar (con las limitaciones que antes se han señalado) en febrero. Un segundo fac-

¹²⁰ Casas, Duce, Marín, Riego y Vargas, Resumen Ejecutivo, Informe sobre los Juzgados de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, enero de 2006.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Comunicación personal con jueza del 4º Juzgado de Familia de Santiago, 6 de enero de 2006.

tor en la baja utilización de la mediación es la reticencia de algunos jueces a derivar casos a esa sede. De hecho, en Santiago se identifica a jueces de dos tribunales –1 y 3– que no derivan casos a mediación,¹²³ contribuyendo con ello al problema del atochamiento.

ADN Y DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN

En el Informe Anual 2003 dimos cuenta de las dificultades de interpretación y aplicación que presentaba la Ley 19.585 sobre filiación en las reclamaciones por determinación de paternidad.¹²⁴ La identificación de estos problemas llevó a un grupo de senadores a presentar un proyecto de ley para modificar la ley¹²⁵, a fin de eliminar una interpretación rígida sobre la existencia de pruebas suficientes para decretar la admisibilidad de la demanda. Esta disposición originalmente se basó en la “necesidad de poner freno al ejercicio de acciones sin fundamentos o que pudieran afectar la honra del demandado”.¹²⁶ Otras de las cuestiones detectadas es que algunos demandados alegaron la inconstitucionalidad de la solicitud de ADN, señalando que la medida ocasiona una lesión a su derecho a la vida e integridad física y psíquica.¹²⁷

Las demandas por paternidad alcanzaron casi a un 10% de la carga de trabajo de los tribunales de familia en sus dos primeras semanas de funcionamiento.¹²⁸ Estas cifras podrían aumentar, dado que las normas permitían una alta discrecionalidad judicial al permitir la no tramitación de estos casos.

Las cifras del Servicio Médico Legal sobre pruebas de paternidad realizadas entre los meses de agosto y octubre de 2005 indican que en un 90% de los casos los padres resultaron ser los de-

¹²³ Comunicación personal con jueza del 4º Juzgado de Familia de Santiago y Mario Vargas del Instituto Profesional Carlos Casanueva.

¹²⁴ Informe Anual de derechos humanos en Chile 2003. Hechos 2002, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2003, p. 275.

¹²⁵ Boletín 3043-07 presentado en el Senado por los Senadores Espina, Moreno, Narraño, Silva y Viera-Gallo en 4 de septiembre de 2002.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Carolina Valenzuela, “Corte zanja si test de ADN daña integridad”, *El Mercurio*, 16 de mayo de 2006 en http://www.elmercurio.com/2005/05/16/nacional/_portada/noticias/impresionF/E4F° accesado el 21 de mayo de 2005.

¹²⁸ La Nación, “Positivo balance de los tribunales de familia”, *Op. Cit.*

mandados.¹²⁹ Pese a la existencia de la ley, sólo en el año 2004 de los 240.000 niños nacidos fuera del matrimonio 28.000 no fueron reconocidos por sus padres.¹³⁰ Un estudio realizado por el Laboratorio de Epidemiología Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile mostró que un tercio de los demandados niega la paternidad pese a los resultados de ADN, proporción que sería mayor tratándose de una niña.¹³¹

Con las modificaciones propuestas se buscó poner fin a situaciones absurdas, confiriéndole a los resultados del ADN el valor de plena prueba. Según los senadores proponentes, es inconducente condicionar la prueba del ADN a otros medios probatorios y que esta sea valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Ello daba paso a criterios distintos entre los jueces, pudiendo producirse absurdos en que los jueces fallaran a contrario de una prueba que otorga un 99,99% de certeza de la paternidad. La tensión se produce entre una paternidad asociada a la crianza y la paternidad biológica.

Esta moción fue aprobada y se modificó el Código Civil con la promulgación de la ley 20.030.¹³² El nuevo inciso 2° del artículo 199 de dicho código dispone que el juez podrá dar a las pruebas biológicas valor suficiente para acreditar la paternidad o maternidad, y se entenderá que hay negativa injustificada cuando citada dos veces la persona no concurre a la realización del examen. En todo caso, las citaciones deberán realizarse bajo el apercibimiento de aplicarse la presunción. Se agregó un artículo 199 bis que establece que “entablada la acción de reclamación de paternidad, si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si se negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica”.

A esta modificación se suma una reestructuración en el Servicio Médico Legal, para reducir los plazos de entrega de resulta-

¹²⁹ Comunicación personal con el abogado Marco Rendón, Programa de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, quien dio cuenta de las cifras señaladas en el Informe de Programa de Mejoramiento de Gestión en Género de esa entidad, Santiago Diciembre 2005.

¹³⁰ *La Tercera*, “Ley de Filiación adjudica paternidad a quien se niega realizarse la prueba de ADN”, 29 de junio de 2005.

¹³¹ *El Mostrador*, “Definitivo: Examen de ADN será suficiente para acreditar paternidad”, 20 de abril de 2005 en http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=158099 accesado el 21 de marzo de 2005.

¹³² Publicada en el Diario Oficial 5 de julio de 2005.

dos que demoraban más de 60 días y se espera que con mayor dotación y la apertura de tres centros especializados (Santiago, Valparaíso y Concepción) alcance para reducir los tiempos de espera a la mitad.¹³³

¹³³ *La Tercera*, "Servicio Médico Legal acorta los plazos de entrega para resultados de test de ADN", 20 de septiembre de 2005.

Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se describen algunos de los hechos más significativos en materia de derechos de los pueblos indígenas acaecidos durante el año 2005. El análisis se enfocará en algunos tópicos de relevancia en relación a esta materia, con especial preocupación por la no consagración del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en el paquete de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso Nacional en el mes de septiembre.

También se revisan la situación del Programa Orígenes y el papel de la CONADI, la cuestión de la cultura de los pueblos indígenas en Chile, la candidatura presidencial de Aucán Huilcamán, los principales juicios penales seguidos contra miembros de las comunidades mapuche y, finalmente, el Proyecto minero Pascua Lama en relación con los derechos indígenas.

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

A partir del año 1989, uno de los temas de mayor relieve y discusión en materia de derechos indígenas, ha sido el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En efecto, ya desde el *"Acuerdo de Nueva Imperial"*, celebrado entre el entonces candidato a Presidente de la República, Patricio Aylwin Azócar, y representantes de comunidades indígenas, se ha venido planteando este tema, respecto del cual se ha intentado de manera reiterada pero infructuosa introducir una reforma constitucional.

En la última discusión legislativa en la materia la principal discrepancia entre el oficialismo y la oposición, radicó en que mientras los primeros apuntaban al reconocimiento de los pueblos indígenas, los segundos temían que ello diera pie a movimientos separatistas, por lo que proponían sólo reconocer a las “etnias indígenas” e individualizarlas pormenorizadamente. De hecho, la propuesta original reconocía a los pueblos indígenas y garantizaba “su derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones en lo espiritual, cultural y social”,¹ lo cual se encuentra en concordancia con los instrumentos Internacionales ratificados por Chile sobre derechos humanos.

Después de varios intentos fracasados y de múltiples retrasos, la administración del Presidente de la República Ricardo Lagos inició en mayo del 2005 el que sería el último intento de su Gobierno por lograr el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.² La indicación gubernamental consignaba la necesidad de reconocer y garantizar una serie de derechos, entre los cuales destacaban, derechos electorales, derechos vinculados a la diversidad de lenguas, derechos culturales y el reconocimiento de las costumbres de los variados pueblos indígenas que habitan Chile.

Luego, no obstante los buenos augurios en materia de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas acaecidos en mayo de 2005 al interior de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, al aprobarse la reforma enviada por el Ejecutivo, que reconoce constitucionalmente a los “pueblos indígenas”, en el marco de la discusión de los cambios a la Carta Fundamental³, finalmente no se logró incorporar dicho reconocimiento en el paquete de 58 reformas introducidas a la Constitución. De este modo, a pesar de haberse alcanzado un consenso al interior de la Comisión de Constitución de la Cámara, en el debate parlamentario a nivel senatorial no se alcanzó el consenso necesario para aprobar el reconocimiento constitucional en comento, repitiéndose lo su-

¹ Ídem.

² *Reponen discusión sobre reconocimiento constitucional de pueblos indígenas, El Mostrador*, 2 de Mayo de 2005. Es preciso consignar que la propuesta gubernamental en alusión fue la última impulsada por la administración de Ricardo Lagos, sin embargo, no fue la última propuesta verificada dentro de su período de mandato, puesto que el 9 de Enero de 2006 una decena de diputados oficialistas impulsaron nuevamente un proyecto que pretendía dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

³ *Comisión aprueba reconocimiento constitucional de indígenas, El Mostrador*, 10 de Mayo de 2005.

cedido en oportunidades anteriores. Casi al cierre de este informe, específicamente el día 9 de Enero de 2006, fue presentado el proyecto de reforma constitucional que pretendía introducir modificaciones a la Constitución Política de la República y que reemplazaría al artículo 1° el inciso final por el siguiente:

“Es deber del Estado resguardar la seguridad de la nación, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”.

El proyecto patrocinado por una decena de parlamentarios oficialistas encabezados por el diputado de la Democracia Cristiana y Presidente de la Cámara, Gabriel Asencio, y aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, tenía por objeto, por medio del reconocimiento constitucional, poner énfasis en el desarrollo, en el fortalecimiento y potenciamiento de los valores que son propios de la identidad de los pueblos originarios.⁴ De este modo, y aprovechando el período electoral presidencial, la bancada oficialista apostó por poner la discusión del reconocimiento constitucional una vez más en el debate parlamentario.

Esta iniciativa no encontró una acogida favorable en la Oposición, así como tampoco en la dirigencia mapuche. En relación al colectivo mapuche, a juicio de Aucán Huilcamán, *“el texto es muy restringido, muy limitado, no reconoce los derechos de los pueblos indígenas de manera amplia. Sencillamente, es muy genérico y no establece derechos tangibles sobre los pueblos indígenas. Por ejemplo, el derecho al territorio, el derecho de acceso al subsuelo, recursos naturales, no establece el derecho a la participación indígena y no incluye nada sobre la libre determinación”*.⁵

⁴ Congreso discutirá este martes reconocimiento a pueblos indígenas, *El Mostrador*, 9 de Enero de 2006.

⁵ Reconocimiento a pueblos indígenas Huilcamán: *“Es un esfuerzo de la Concertación... pero para ganar votos”*, *El Mostrador*, 10 de Enero de 2006.

Vistas así las cosas, otro elemento que marca distancia entre el oficialismo y los pueblos indígenas en el marco del reconocimiento constitucional, lo constituye la ausencia de participación en la discusión en torno al tema. En concreto, el proyecto extraña la presencia de cooperación con organizaciones autónomas, como el Consejo de Todas las Tierras, la Red Indígena, en tanto instituciones representativas de los pueblos originarios. En este mismo sentido se pronunció el Observatorio de Derechos Indígenas, a través de su director José Aylwin, quien señaló en su oportunidad que, *“entre los derechos que no han sido reconocidos en la Reforma Constitucional propuesta, se encuentra el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a la tierra, el territorio y a los recursos naturales que éstos albergan, tampoco derechos políticos, como la participación en los órganos del estado, la autonomía y el reconocimiento de los sistemas de justicia y derecho indígenas”*.⁶ Ahora bien, en relación a los argumentos del rechazo al proyecto, éstos fueron los mismos que los empleados en ocasiones anteriores, es decir, la discrepancia a raíz de la incorporación del concepto “pueblos indígenas”, argumentándose que el concepto de “pueblos indígenas” resulta inconveniente porque podría dar pie a reclamos de autodeterminación.⁷ En efecto, la bancada de la Alianza por Chile, en especial parlamentarios de la UDI, una vez más insiste en que se reconozcan las “etnias indígenas” enunciando a la gran mayoría de las culturas originarias del país.⁸ Es preciso consignar que en los diversos instrumentos internacionales sobre la materia y según el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el término apropiado para el reconocimiento indígena es el de “pueblos originarios”.⁹

Es preciso mencionar que ante esta situación de no reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, durante su campaña electoral, la actual Presidenta de la República, Michelle Bachelet, manifestó que *“no seremos un país desarrollado hasta que este desarrollo llegue equitativamente a todos los chilenos”*, agregando que *“tampoco seremos un país desarrollado si no respetamos y*

⁶ Observatorio Indígena advierte uso electoral de reforma constitucional, *El Mostrador*, 10 de Enero de 2006.

⁷ Fracaso de reforma sobre etnias desata polémica por gobernabilidad, *El Mercurio*, 12 de Enero de 2006.

⁸ Las razones detrás del nuevo traspié de la “ley indígena”, *La Tercera*, 11 de Enero de 2006.

⁹ Léase Convenio 169 OIT y Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.

promovemos todas las culturas que existen en nuestro país".¹⁰ En este contexto, en su programa oficial de gobierno se propone impulsar de manera urgente el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, modificación que según el propio programa de gobierno, debió haber sido incluida en el paquete de reformas aprobadas en septiembre de 2005. Así las cosas, Bachelet en su plan de gobierno, pretende llegar a un consenso con los dirigentes indígenas en una redacción del texto a proponer al Congreso Nacional apenas se inicie el nuevo gobierno.¹¹ A su turno, respecto del programa de gobierno del candidato presidencial de Renovación Nacional, Sebastián Piñera, se echa de menos un tratamiento significativo de la temática en su agenda política. En efecto, el programa presidencial del candidato, sólo se remite a proponer la realización de "un catastro nacional que entregue información sobre los hablantes de lenguas originarias y todas sus expresiones artísticas. Ya ad portas de la segunda vuelta electoral presidencial, el abanderado de Renovación Nacional indicó que, "las comunidades indígenas requieren "oportunidades para salir de la pobreza, donde lamentablemente está la inmensa mayoría de sus miembros, y que respetemos y protejamos su cultura, su historia, sus tradiciones".¹² Enseguida, tras esta proclama, Piñera comprometió el voto de su coalición en orden a aprobar el texto presentado, hecho que no se verificó al momento de concretarse el escrutinio parlamentario.¹³

No se observó propuesta alguna en la materia en el programa de gobierno del abanderado de la Unión Demócrata Independiente Joaquín Lavín, lo cual conlleva a colegir que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no es una prioridad en la agenda política gubernamental del presidenciable. Finalmente, quizás el único programa que presenta una propuesta más trabajada, es la del candidato del Pacto Juntos Podemos Más Tomás Hirsch. En efecto, su plan de gobierno formula una propuesta en el sentido de alcanzar un "reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y del carácter plurinacional de nuestro país. Esto es, la incorporación en la Constitución Política del concepto

¹⁰ Bachelet se compromete con el reconocimiento constitucional indígena, *El Mostrador*, 23 de Junio de 2005.

¹¹ Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2006-2010, P. 91

¹² Piñera pide aprobar ley de subcontratación y reconocimiento indígena, *El Mostrador*, 10 de Enero de 2006.

¹³ Ver cit. 10.

de Estado plurinacional, que consolide su status como pueblos y no simples comunidades culturales, reconociendo la autonomía del pueblo Mapuche y su derecho vital a la tierra en los marcos de un Estado unitario, así como el reconocimiento y exaltación de su cultura, costumbres, lengua y tradiciones y la devolución de sus tierras usurpadas".¹⁴

Hasta el momento, Chile se sitúa como el único Estado de la región que no ha reconocido a nivel constitucional la existencia de los pueblos indígenas. Tal como lo manifestara el Informe Anual anterior, la ausencia de un reconocimiento constitucional implica desatender una de las principales recomendaciones efectuadas por el Relator Especial en la materia y por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.¹⁵ La situación descrita coloca a nuestro país en un sitio desmejorado en la región, y lo pone en la necesidad de enfrentar la problemática del reconocimiento constitucional con urgencia. A mayor abundamiento, asimismo, la no ratificación del Convenio 169 de la OIT representa otra insuficiencia de importancia en el tratamiento de esta materia.

CONADI Y PROGRAMA ORÍGENES

Desde su creación en 1993 a través de la Ley Indígena, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), como institución pública descentralizada y especializada, ha pretendido promover, coordinar, ejecutar y liderar la generación de políticas públicas para el desarrollo integral de los pueblos indígenas, orientadas específicamente al desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. En este contexto, el énfasis se centra en consolidar un espacio real a las demandas de los distintos pueblos indígenas, atender sus condiciones materiales, integrarlas socialmente reconociendo su diversidad cultural, como riqueza y base en la construcción de la moderna democracia del país.

¹⁴ Programa de Gobierno Tomás Hirsch, *"Plataforma programática para un Chile justo, solidario, soberano y democrático"*, 18-Reconocimiento de los Pueblos Originarios p. 12.

¹⁵ Ver Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (Hechos 2004), *Consideration of Reports Submitted* (cit.).

En el marco de su gestión, un proyecto a destacar lo constituye aquel en que la CONADI y cinco municipios, entre ellos, Collipulli, Nueva Imperial, Curarrehue en la Novena Región, Colchane, en la Segunda Región, y Panguipulli en la Región de Los Lagos, suscribieron un convenio de colaboración y apoyo denominado Fondo Rotatorio Indígena, destinado a promover, fortalecer y relevar iniciativas de desarrollo social y económico de personas y poblaciones indígenas que contribuyan a la generación de ingresos y con ellos a mejorar su calidad de vida.¹⁶ Este proyecto se instituye con miras a alcanzar el objetivo principal de fortalecer las actividades económico-productivas de emprendedores microempresariales indígenas, que desarrollen proyectos innovadores que beneficien a la comunidad indígena en la que se encuentren insertos, en virtud de un incremento económico producto del crecimiento productivo que se pretende alcanzar.

Otro trabajo desarrollado por la CONADI, dice relación con la regularización de cerca de 70 mil hectáreas que fueron entregadas a más de 300 familias aymaras de las Provincias de Arica y Parinacota, gracias al convenio firmado entre la institución y el Ministerio de Bienes Nacionales.¹⁷ A este respecto, cabe consignar que a través de la referida Ley Indígena (ley 19.253), se dispone de un Fondo de Tierras y Aguas para la ampliación de las tierras indígenas, con lo cual se instituye un mecanismo de titulación de tierras, amén de lo cual se ha podido regularizar y recuperar una serie de tierras que eran objeto de controversia judicial. En el caso particular reseñado, ambas instituciones, con el afán de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, pretenden gracias a esta iniciativa velar por la adecuada explotación de las tierras, por su equilibrio ecológico y su ampliación.

No obstante los avances constatados, la CONADI ha sido permanentemente cuestionada por presuntas irregularidades, las que han sido denunciadas por sus propios funcionarios, beneficiarios, así como también por personas ajenas a la institución. El mayor escándalo ocurrió el 18 de mayo de 2001, cuando una ex asesora jurídica, Andrea Reyes, denunció irregularidades en la compra de tierras para los mapuche. Según la denunciante, en la compraven-

¹⁶ *Crean Nuevo fondo productivo indígena*, Diario Austral, 15 de Febrero de 2005.

¹⁷ *Más de 300 familias beneficiadas con 70 mil hectáreas para comunidades aymaras*, www.conadi.cl, 12 de Septiembre de 2005.

ta de tierras existían sobrepuestos, comisiones y hasta tráfico de influencias. Tras la denuncia, se investigaron 64 compraventas de tierras registradas entre los años 1998 y 2001. De ellas, 58 fueron indagadas por el sistema procesal penal antiguo, mientras que otras seis dentro del marco del nuevo sistema. Después de dos años de investigación, las causas fueron sobreesidas, porque no se pudieron acreditar ilícitos en las ventas y trasposos. Pero, además, la CONADI ha sido denunciada por favorecer con tierras a grupos contra quienes existen procesos criminales, así como por ocupar sus recursos en materias distintas a las que fueron originalmente destinados en su presupuesto.¹⁸ En esta línea, uno de los eventos que causaron revuelo al interior de la institución, lo encabezó Aroldo Cayún, director nacional de la CONADI, quien defendió la compra de 250 hectáreas en la comuna de Panguipulli y su posterior traspaso a la comunidad huilliche “Rita Lepileo”, cuyos integrantes son investigados por un ataque incendiario al fundo del empresario y ex ministro Fernando Léniz. Esta adquisición provocó molestia en el Ejecutivo, puesto que el subsecretario de Mideplan, Jaime Andrade, advirtió sobre la inconveniencia de adquirir el predio mientras no terminara el proceso investigativo tras el ataque perpetrado en noviembre de 2003. En el mismo sentido se pronunció el intendente de la Décima Región, Jorge Vives.¹⁹

Otra situación que ha marcado la agenda mediática respecto de la institución, fue la interposición de un recurso de protección que presentó la ciudadana pascuense Ana Pacarati en el mes de agosto, quien denunció haber sido víctima de acoso sexual por parte de su jefe, Marcos Huaiquilaf, en la Oficina de Asuntos Indígenas de la CONADI en Santiago. Este hecho generó que se llevara a cabo un sumario administrativo, a efectos de indagar los hechos alegados. Otra situación de características similares se vivió tras la interposición de la demanda de indemnización de perjuicios presentada en contra del Estado chileno ante la Corte de Apelaciones de Temuco, por uso indebido de imagen respecto de Erika Cruz Llancamil quien nunca fue consultada ni consintió la utilización de una fotografía suya en la campaña publicitaria que desde comienzos del 2005 desarrolla el Programa Orígenes, dependiente de Mideplan, en distintas localidades sureñas.²⁰

¹⁸ *Conadi defiende compra de 250 hectáreas*, *El Mercurio*, 4 de Julio de 2005.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Presentan demanda contra el Estado Chileno por uso indebido de imagen de joven mapuche*, Observatorio de Derechos Indígenas, 18 de Octubre de 2005.

Ahora bien, el Programa Orígenes, un proyecto que en su génesis ha sido impulsado por la administración del presidente Ricardo Lagos, pretende mejorar la calidad de vida de las minorías étnicas, revalorizar su cultura, alentar su participación social y promover sus derechos, a través de proyectos de desarrollo financiados por el Estado. En este contexto, una de las actividades que convocó mayor atención de los medios de comunicación, fue aquélla en la cual se celebró el Día de los Pueblos Indígenas, en cuya ocasión, el secretario ejecutivo del Programa Orígenes, Enzo Pistacchio, señaló que “pese a que el 24 de junio para la inmensa mayoría pasa inadvertido, el Día Nacional de los Pueblos Indígenas es un hito relevante que nos une y da sentido”. A continuación, el personero explicó que ésta es una fiesta nacional que “tras 15 años de gobiernos democráticos construyendo una política pública que fomenta el desarrollo ajustado a las costumbres propias de las comunidades indígenas”, este año se presenta, “como una oportunidad para visualizar la diversidad cultural de Chile”. Por ello, instó a la ciudadanía “a conocer su significado y trascendencia”, y formuló un llamado a “descubrir, valorar y reconocer nuestro territorio mestizo” en un país “que crece hacia el Bicentenario sin dejar atrás a nadie”.²¹

Otro evento destacado fue la inauguración de la primera muestra de arte y cultura indígenas, que se realizó en Arica, I región. La exposición se enmarcó en el convenio llevado a cabo entre el Programa Orígenes y la CONADI, a través del componente de Cultura y Educación de esta última institución. De este modo, esta actividad se constituyó en una suerte de preparatoria para la primera “Bienal de Arte y Cultura Indígena”, que se desarrolló en el mes de agosto en Santiago.

No obstante las interesantes iniciativas impulsadas por el Programa, en 2005 tuvo lugar una situación que compromete la probidad en la administración de la institución. Ella afectó a una joven mapuche, Erika Cruz Llancamil, que aparecía en una docena de gigantografías de promoción del Programa Orígenes en la IX Región, a pesar de que, paradójicamente, la joven no recibió ningún beneficio del programa, siendo su imagen usada sin su consentimiento para proyectar los logros del programa gubernamental.²² Ante esta situación, los ejecutivos del programa ordenaron

²¹ *Programa Orígenes destaca celebración del Día de los Pueblos Indígenas, El Mostrador*, 19 de Junio de 2005.

²² *Programa Orígenes: Mujer exige pago de una indemnización a Gobierno, El Mercurio*, 08 de Agosto de 2005.

cubrir con telas blancas los doce letreros que habían sido instalados en diversos puntos de la IX Región. En el mes de Octubre, la interposición de la demanda de indemnización de perjuicios presentada en contra del Estado chileno ante la Corte de Apelaciones de Temuco, por uso indebido de imagen respecto de Erika Cruz Llancamil, y bajo el patrocinio del Observatorio de Derechos Indígenas, marca un nuevo rumbo en el caso, dejando la resolución del conflicto en manos de los tribunales.²³ Posteriormente, mediante una declaración pública, las autoridades del Programa Orígenes se mostraron sorprendidos con la denuncia, debido a que, dijeron, habían sostenido dos reuniones previas con la joven, y que se había llegado a un acuerdo, el cual consistió únicamente en remover las gigantografías, pero sin comprometerse a una disculpa pública por abuso de imagen, ni menos aún algún tipo de compensación extrajudicial en beneficio de la joven involucrada. Finalmente, en el marco del programa de gobierno de la precandidata del bloque oficialista, se esboza una propuesta en orden a vincular el trabajo del Programa Orígenes con el objeto de otorgar sustentabilidad y rentabilidad económica a las tierras indígenas.²⁴ No existe propuesta alguna del resto de los candidatos presidenciales en este ámbito.

CULTURA Y PUEBLOS INDÍGENAS

En materia de educación en relación con los pueblos indígenas, durante el año 2005, se materializaron algunas iniciativas públicas que en cierto modo vienen a paliar la evidente falta de oportunidades y desigualdad en que se encuentra dicho colectivo. En concreto, una de las iniciativas más relevantes en materia de educación fue la impulsada por el Gobierno a través del MINEDUC, al otorgar mil doscientas becas para escolares de ascendencia indígena que se encuentran cursando la enseñanza básica y media en la comuna de Malleco. Esta beca consiste en un aporte en dinero destinado a cubrir parte de los gastos de los estudiantes de ascendencia indígena, con el objetivo de ayudarlos a continuar sus estudios en igualdad de oportunidades. Los

²³ *Presentan demanda contra el Estado Chileno por uso indebido de imagen de joven mapuche*, Observatorio de Derechos Indígenas, 18 de Octubre de 2005.

²⁴ Ob., cit. 9.

estudiantes seleccionados reciben la beca en cuotas diferidas según su nivel educacional. Es así como en el caso de la Enseñanza Básica, el monto asciende a 75 mil 745 pesos pagados en cuatro cuotas anuales. Para la Media, el monto total de la beca llega a 156 mil 129 pesos en igual número de cuotas, y en el caso de la Enseñanza Superior, el monto llega a los 491 mil 400 pesos en 9 cuotas anuales.²⁵ En esta misma línea, y ya cercano al cierre de este informe, el Gobierno, a través de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), anunció el otorgamiento de la denominada “Beca Indígena” a más de 36 mil estudiantes de enseñanza básica, media y superior, de ascendencia indígena, que posean un buen rendimiento académico y que sean de bajos recursos.²⁶ El beneficio consiste en un aporte económico que el Estado entrega a alumnos con el fin de permitirles continuar con sus estudios, cuyo presupuesto asignado asciende a casi seis mil millones de pesos.²⁷ Otro punto a destacar en materia de educación, esta vez desde el sector privado, lo constituye el lanzamiento de una biblioteca virtual del pueblo mapuche gracias a los esfuerzos concretados por el Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera. De este modo, se instala en el ciberespacio, específicamente en el sitio www.estudiosindigenas.cl, el mayor número de documentos relevantes referidos al origen de esta singular cultura originaria del cono sur de América y que promete transformarse en el destino obligado de los más eruditos investigadores del área,²⁸ así como también en un difusor activo de la cultura mapuche.

No obstante algunos progresos en materia de educación y pueblos indígenas, resulta atendible la apreciación del Relator de la Organización de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen en orden a que “los pueblos indígenas son víctimas de una *“discriminación institucional”* en materia educativa, la cual no ha logrado superarse a pesar de los esfuerzos legislativos emprendidos en numerosos países”. A continuación, al comentar el contenido de su informe a la Comisión de Derechos Humanos, señaló que los niños indígenas generalmente reciben

²⁵ *Mineduc entrega 1.200 becas indígenas a niños de Malleco, La Segunda*, 12 de Julio de 2005.

²⁶ *Hasta el 10 de marzo se podrá postular a la Beca Indígena, El Mostrador*, 2 de Enero de 2006.

²⁷ Ídem.

²⁸ *Lanzan biblioteca virtual mapuche, La Nación*, 10 de Agosto de 2005.

una educación de “menor nivel” que el resto de la comunidad.²⁹ Sostuvo además, que el modelo educativo elaborado por los gobiernos para esos grupos suele ser “inapropiado” frente a las necesidades y a las realidades de esas minorías étnicas, y que su objetivo final es “asimilarlas al modelo cultural de la sociedad dominante”. Posteriormente, Stavenhagen afirmó que ello conduce a “la destrucción progresiva de la cultura indígena”, frente a lo que propuso dar mayor espacio a un modelo educativo basado en la multiculturalidad y el plurilingüismo.³⁰ No cabe duda que la situación descrita por Stavenhagen tiene plena vigencia en nuestro país. A mayor abundamiento, trayendo a colación el Informe de la Visita *in loco*, y tal como se señalara en el Informe Anual anterior, el propio Relator Stavenhagen señala que un tema preocupante es la baja tasa de niños indígenas que acceden a la enseñanza secundaria, en relación con la escolarización del resto de los niños chilenos. En vinculación a lo anterior, hace ver que “la escolarización entre los indígenas está 2.2 años por debajo del promedio de los no indígenas (9.5 años)”,³¹ agregando además que “solamente el 3% de la población rural mapuche mayor de 15 años tiene alguna educación post-secundaria”.³² Con todo, es menester constatar la presencia de progresos en materia de enseñanza de las lenguas originarias en la propia población indígena, lo que se corrobora con las cifras que arrojó la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (Casen 2003) de la Población Aborigen Nacional, según la cual “el analfabetismo indígena alcanza al 8,4%, y principalmente se presenta en las personas con 60 años y más, siendo cada vez menor entre los indígenas más jóvenes. Respecto de la lengua originaria, mientras en el 2000 un 27,8% declaró hablarla y/o entenderla, en el 2003 dicha cifra se elevó al 35,7%. También se ha destacado el aumento del acceso de los indígenas al computador”,³³ como herramienta educacional y laboral.

El Gobierno por su parte, defiende los avances experimentados en el campo educacional, señalando, a propósito del retorno a clases, que “la inauguración del año escolar indígena no sólo busca rescatar la importancia que el Gobierno ha dado a la

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ Informe de la Visita a Chile del Relator Especial sobre derechos humanos y cuestiones indígenas, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2001/57, p. 23.

³² Ídem.

³³ *Hay más indígenas profesionales y técnicos*, *El Mercurio*, 10 de Septiembre de 2005.

promoción de la educación y el desarrollo de los pueblos originarios, sino que además refuerza la idea de país pluricultural y multiétnico que posee Chile".³⁴ Prueba de ello sería el Programa de Educación Intercultural Bilingüe, que surge como resultado del convenio entre el Ministerio de Educación y la CONADI. Según informes remitidos por el propio Gobierno, las escuelas que han sido beneficiadas por el programa en cuestión, han recibido asistencia técnica, capacitación docente, becas, materiales y equipamiento, programas televisivos, videos, cursos de alfabetización digital, instrumentos musicales, asesores culturales y textos como los que fueron entregados a la escuela Miguel Huentelén, los que junto a los tradicionales también recibieron los que se encuentran escritos en mapudungún.³⁵ Con todo, cabe señalar que la iniciativa de incorporar la enseñanza de lenguas originarias en los planes educativos a nivel nacional, en particular el mapugundún, no ha gozado de un alcance total en los recintos educacionales, con lo cual los beneficios integradores a nivel cultural se ven restringidos a un universo muy limitado y localizado.

Para concluir, en el marco de las propuestas de gobierno de los candidatos a la Presidencia de la República, el precandidato de Renovación Nacional Sebastián Piñera, en su programa de gobierno propuso conservar el patrimonio de los pueblos originarios, para lo cual señala, se debe realizar un catastro nacional que entregue información sobre los hablantes de lenguas originarias y todas sus expresiones artísticas.³⁶ Por su parte, la entonces abanderada de la Concertación de Partidos por la Democracia Michelle Bachelet, planteó en su plan de gobierno el promover la investigación y difusión de las raíces culturales originarias y el establecimiento de una política de estudio y difusión de los idiomas de los pueblos originarios, proponiendo para ello crear un ramo especial de Historia de Pueblos Indígenas dirigido a la enseñanza media y básica, así como expandir los programas de educación intercultural bilingüe a estudiantes indígenas, comprometiendo recursos, hogares, acceso a tecnologías, diversas formas de intercambio y ofertas de becas a estudios de

³⁴ *Por el camino de la educación Intercultural*, Diario Austral, 29 de Marzo de 2005.

³⁵ Ídem.

³⁶ Programa de Gobierno Sebastián Piñera, Tercer Eje: Fortalecer los derechos y libertades individuales frente al Estado.

postgrado.³⁷ En el caso del candidato representante del Pacto Juntos Podemos Más Tomás Hirsch, su propuesta consistió en “profundizar y ampliar el alcance de la Educación Intercultural Bilingüe a todo el sistema educativo, recuperar los sitios arqueológicos y asegurar su conservación”.³⁸

En otro punto, gracias al esfuerzo concertado entre privados y la comunidad indígena atacameña, esta última recibió por primera vez fondos destinados para el financiamiento de iniciativas científicas, productivas y sociales, tras permitir la instalación de 64 antenas radiotelescopicas en el interior de la II Región.³⁹ Este proyecto pretende ser la puerta de entrada a un gran número de iniciativas que beneficiarán a la comunidad atacameña con recursos orientados a incrementar el nivel de vida de sus habitantes.

Otro aspecto a resaltar en materia cultural lo constituyen los apoyos económicos y técnicos brindados a comunidades indígenas en el terreno agrícola. Un caso ejemplificador lo constituye la regularización de más de cinco mil hectáreas de tierras a indígenas por parte del Gobierno, a través del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI. En este caso, se traspasó cinco mil 366 hectáreas de tierras a 35 familias del fundo La Catrihuala, del sector de Hueyelhue, en Río Negro, que por más de 30 años solicitaron la restitución de sus terrenos y en los que se invirtieron 20 millones de pesos.⁴⁰ Asimismo, una cifra superior a los 240 millones de pesos para respaldar proyectos de modernización agrícola desarrollados por organizaciones o productores de pueblos originarios del país, destinó de su presupuesto 2005 la Fundación para la Innovación Agraria (FIA), del Ministerio de Agricultura. El monto de 240 millones de pesos, se distribuye en 15 proyectos en curso, que representan el 10% del número de proyectos en ejecución y un 12% del total presupuestario para proyectos de la entidad durante el 2005.⁴¹ Otro proyecto relevante en este ámbito es

³⁷ Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2006-2010, Pueblos Originarios, p. 91-92.

³⁸ Programa de Gobierno Tomás Hirsch, “Plataforma programática para un Chile justo, solidario, soberano y democrático”, 18- Reconocimiento de los Pueblos Originarios, p.13.

³⁹ *Indígenas de II Región recibirán fondos por radiotelescopio*, La Tercera, 18 de Junio de 2005.

⁴⁰ *Regularizan más de cinco mil hectáreas de tierras a indígenas*, El Mostrador, 25 de Mayo de 2005.

⁴¹ *Destinan \$240 millones para agricultores indígenas*, La Segunda, 23 de Junio de 2005.

aquel que –con el objeto de fortalecer los procesos de ocupación y producción en predios transferidos a comunidades indígenas de la región que fueron beneficiadas con el Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI entre los años 2001 y 2003– desarrolló la Universidad Católica de Temuco a través de su Centro de Capacitación iniciando un programa de Apoyo Predial a comunidades indígenas, el cual se centró en la capacitación y formulación de un plan productivo en distintas áreas con 19 comunidades mapuche de 11 comunas de la IX Región, que permitirán un mejoramiento en las condiciones productivas de las tierras, así como también en las condiciones de vida de las personas de las comunidades indígenas de la zona.⁴²

En otro plano, el denominado “etnoturismo” ha experimentado un auge de grandes proporciones en nuestro país, especialmente en el sur del territorio. En este contexto, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena becó a 19 microempresarios indígenas de distintas zonas del país para perfeccionar, en una universidad de Canadá, sus proyectos de turismo étnico. La idea tras este proyecto es otorgar nuevas herramientas a los beneficiados para mejorar la actividad turística rescatando la cultura, las costumbres y los sitios nativos, como productos de desarrollo local, de algunas comunidades indígenas.⁴³ Siempre en la esfera del desarrollo cultural y la integración de la cultura de los pueblos originarios, a comienzos del 2006 el Gobierno inaugura la Primera Bienal Indígena –evento que se enmarca dentro del programa 2004-2005 del Comité de Programas Indígenas a cargo de la Subsecretaría de Mideplan– y que tiene como principales referentes los lineamientos emanados del informe Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos originarios. Como objetivo principal, la Bienal Indígena pretende generar un espacio de muestra, debate, reflexión y valoración del patrimonio artístico y cultural de los pueblos originarios.⁴⁴

Finalmente, un hecho destacable en materia de derechos indígenas lo constituyó el convenio llevado a cabo entre Representantes de la Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos y de la Asamblea de Jefes de Manitoba, Canadá, que, en reconocimiento

⁴² *Logrando competencias concretas*, Diario Austral, 24 de Febrero de 2005.

⁴³ *Indígenas chilenos se capacitan en Canadá para desarrollar turismo étnico*, La Tercera, 16 de Julio de 2005.

⁴⁴ *Mañana se inaugura la primera bienal indígena en la Estación Mapocho*, El Mostrador, 17 de Enero de 2006.

de las coincidencias históricas, políticas, culturales y sociales que comparten el Pueblo Diaguita y el Pueblo Ojibway, suscribieron a comienzos del 2006, con el objeto de generar un acuerdo de colaboración y solidaridad para “recuperar el control sobre sus territorios ancestrales” y “fomentar el conocimiento y la conservación de su patrimonio natural como espacio para el desarrollo y promoción de su cultura”.⁴⁵ Desde este ángulo, el acuerdo se enmarca en un contexto de autorreconocimiento mutuo entre ambos pueblos en términos de que ellos “son depositarios de una cultura milenaria que a pesar de las históricas agresiones que han padecido, orgullosamente reivindican su patrimonio cultural y lo valoran como su mayor riqueza, ambos albergan en sus territorios un rico patrimonio natural que ha estado en su poder desde tiempos inmemoriales y que han sabido proteger con prácticas apropiadas de uso y conservación; mantenido sus valores comunitarios basados en la convivencia pacífica, el respeto a las tradiciones, el reconocimiento a las autoridades tradicionales”.⁴⁶ En lo concreto, este acuerdo contempla “el desarrollo de proyectos conjuntos, apoyo a iniciativas que uno u otro pueblo consideren relevantes para su desarrollo comunitario, apoyo político, apoyo técnico y profesional, la búsqueda conjunta de financiamiento y apoyo institucional, tanto nacional como internacional, el intercambio de experiencias culturales, académicas, comunitarias, técnicas, entre otras”.⁴⁷

CANDIDATURA PRESIDENCIAL DE AUCÁN HUILCAMÁN

Uno de los hechos de mayor notoriedad pública durante el año 2005 en materia de derechos indígenas, fue la precandidatura presidencial del Werkén del Consejo de Todas las Tierras, Aucán Huilcamán. Recién recuperados los derechos políticos que le fueron suspendidos en 1992 tras la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado en un proceso criminal seguido por actividades orientadas a reclamar la reivindicación de tierras para su pueblo,⁴⁸ el líder de la comunidad mapuche lanzó oficialmente su can-

⁴⁵ *Indígenas canadienses y Diaguitas firman acuerdo de colaboración en casos como Pascua Lama*, Observatorio de Derechos Indígenas, 19 de Enero de 2006.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ *La Guerra de Aucán Huilcamán*, La Nación, 14 de Agosto de 2005.

didatura presidencial en el mes de abril tras meses de intensa actividad pre-electoral. El 12 de septiembre, Aucán Huilcamán se convertía en el quinto candidato en formalizar su aspiración de llegar al Palacio de La Moneda. Luego de obtener las 40 mil firmas requeridas por la Ley Electoral para inscribir su candidatura y “montado a caballo y secundado por un grupo de representantes de la etnia mapuche, Huilcamán firmó como “candidato de las minorías étnicas de Chile”.⁴⁹ Según palabras del propio werkén, se “comenzó a albergar la idea de lanzar su candidatura como una forma de presentar un proyecto alternativo de Gobierno donde se refleja el verdadero rostro de Chile y es un llamado a rectificar el centralismo político-partidario que hay en Chile y que no le da cabida a las regiones, provincias y pueblos indígenas”.⁵⁰ Se trataba de la primera vez que un representante de los pueblos originarios oficializaba su candidatura a la máxima investidura del país.

No obstante todos los buenos augurios y el apoyo del resto de los candidatos, la opción presidencial de Huilcamán sufrió un revés tres días después de oficializada la referida inscripción. El Servicio Electoral objetó un importante número de firmas, hecho que acarreó el rechazo de la candidatura del werkén por no alcanzar a acumularse las 35 mil 171 firmas certificadas ante notario requeridas. En concreto, el Servel argumentó que el rechazo se habría producido debido a que algunas de las rúbricas no se encontraban certificadas ante notario como lo prevé la Ley Electoral. Ante este rechazo, el werkén señaló en su oportunidad que “*en definitiva se estaba afectando el interés nuestro (de los pueblos originarios) de participar en asuntos nacionales*”,⁵¹ añadiendo que durante el período de recolección de firmas “*las notarías se negaron a recibirme las firmas, me cobraron precios excesivamente altos, me dieron un período de una hora para recolectarlas*”.⁵²

En ese momento, nuevamente la candidatura de Huilcamán recibió el apoyo de parte de todos sus competidores por el sillón presidencial, esta vez en el sentido de favorecer la concepción de un mecanismo que permitiese facilitar la ratificación de las fir-

⁴⁹ Aucán Huilcamán inscribe candidatura presidencial “por los excluidos”, *El Mostrador*, 13 de Septiembre de 2005.

⁵⁰ Aucán Huilcamán: “Voy a ser la gran sorpresa de la próxima elección”, *www.terra.cl*, 14 de Septiembre de 2005.

⁵¹ Aucán Huilcamán sorprendido por rechazo de candidatura presidencial, *El Mostrador*, 16 de Septiembre de 2005.

⁵² Ídem.

mas objetadas. La proposición aludida se transformaba de esta manera en el último mecanismo para hacer valer la candidatura de Huilcamán, toda vez que ya había transcurrido el plazo legal para impugnar la resolución del Servicio Electoral ante el Tribunal Calificador de Elecciones. En este escenario fue que se gestó la idea de legislar para dar cuerpo a una normativa que permitiese al líder del Consejo de Todas las Tierras participar en los comicios presidenciales del mes de diciembre.

Así las cosas, y tras negociaciones con el Ejecutivo, a comienzos de octubre fue presentado el texto que ampliaba el plazo para presentar la postulación de Huilcamán como candidato presidencial. La denominada “Ley Huilcamán” ingresó al Congreso Nacional con carácter de urgencia en atención a los plazos involucrados en el proceso electoral. Con todo, el día 4 de Octubre, por falta de quórum en la Cámara de Diputados, se rechazó el proyecto de ley que ampliaba hasta el próximo 15 de octubre el plazo legal para la inscripción de las candidaturas parlamentarias y presidenciales que fueron rechazadas por el Servicio Electoral. La iniciativa legal fue apoyada sólo por 55 de los diputados presentes, en circunstancias que se requería de la aprobación de 66 parlamentarios. Tres votaron en contra y hubo cuatro legisladores que se abstuvieron.⁵³

JUICIOS PENALES CONTRA MAPUCHE

Uno de los problemas de mayor relieve en materia de derechos indígenas lo constituye sin lugar dudas el denominado “conflicto mapuche”. En el centro del conflicto se encuentran las demandas de la comunidad mapuche en relación con la reivindicación de tierras y recursos naturales ancestrales, y en las últimas décadas, las reclamaciones vinculadas al derecho a participar en las decisiones políticas estatales y comunales. En este marco, a través de los años se ha generado una dinámica que ha incluido el uso de la Ley Antiterrorista por parte del Gobierno en una serie de estos casos. A este respecto, a juicio del relator de la ONU sobre los Derechos de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, “en los juicios en los que se empleó la legislación antiterrorista vi-

⁵³ *Cámara rechaza proyecto que permitía postulación presidencial de Huilcamán, La Tercera*, 4 de Octubre de 2005.

gente se pusieron en cuestión las garantías del proceso” y [se posibilitó la aplicación de “penas desproporcionadas”.⁵⁴

En este escenario, uno de los casos más representativos de este actuar estatal acaecidos durante el año 2005, lo constituye el juicio seguido en contra de los miembros de la Coordinadora Arauco-Malleco, Pascual Pichún, Aniceto Noria, José Llanca, Jorge Hualquín, Marcelo Quintrileo por los cargos de atentados incendiarios a casas patronales, bosques y maquinaria agrícola, lesiones a terceros, porte ilegal de armas, hurtos y robos,⁵⁵ en el marco de la participación en actos de protesta ocurridos durante conflictos de tierras entre 1997 y 2001,⁵⁶ en las comunas de Vilcún, Ercilla, Collipulli, Traiguén, Galvarino y Temuco. A la luz de este caso, el relator de la ONU sobre los Derechos de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, solicitó expresamente al Presidente de la República, Ricardo Lagos, buscar “una solución equitativa y justa”, para evitar interpretaciones internacionales erradas respecto de la postura del Gobierno chileno frente a este grupo social.⁵⁷ En este mismo sentido, Roberto Garretón, representante de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, fue enfático en decir que “el juicio a los integrantes de la CAM viola el derecho humano a un justo proceso del que tienen derecho las personas inculpadas de delitos, esto porque en materia penal existen principios de proporcionalidad entre el delito y la pena. Cuando a un hecho delictual se le transforma en delito terrorista se está vulnerando ese derecho”.⁵⁸ Un hecho que se contraponía al llamado de Stavenhagen al Jefe de Gobierno de Chile, lo constituye la declaración del Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, quien calificó como un traspie para el gobierno el fallo que absolvió a los seis activistas de la causa mapuche imputados por asociación ilícita terrorista pertenecientes a la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), señalando además, que las policías no han actuado con eficacia para detener a los otros 10 supuestos involucrados que se mantenían prófugos de la justicia.⁵⁹

⁵⁴ Recalificarán acusación a lonkos mapuches, *La Nación*, 20 de Julio de 2005

⁵⁵ Los mapuches eran acusados de formar una asociación ilícita para cometer atentados incendiarios, robos, hurtos y otros delitos, *La Segunda*, 22 de Julio de 2005.

⁵⁶ Tribunal de Temuco absuelve a comuneros mapuches de asociación ilícita, *La Tercera*, 22 de Julio de 2005.

⁵⁷ Ídem cit. 44.

⁵⁸ Ex ministro declaró en juicio a la CAM, *Diario Austral*, 09 de Julio de 2005.

⁵⁹ Gobierno dice que absolución de mapuches fue un traspie, *La Tercera* 29 de Julio de 2005.

Esta postura por parte del gobierno en materia de aplicación de la herramienta antiterrorista en el marco del conflicto mapuche se reafirma ante otros casos ocurridos con anterioridad al reseñado. En efecto, en el año 2004, a raíz del caso “Poluco-Pidenco”, donde se imputó a 11 comuneros mapuche el atentado incendiario al fundo del mismo nombre de propiedad de la Forestal Mininco acontecido el 19 de diciembre de 2001, el propio Subsecretario del Interior expresó “cuando se cometen delitos tan graves la sanción es un componente necesario de una política más sistemática para erradicar la violencia en la Novena Región”.⁶⁰ Asimismo, sostuvo que los juicios y condenas generan altos efectos disuasivos en la conflictividad de los grupos más violentos y que las políticas implementadas que dicen relación con una mayor presencia policial y la aplicación de medidas de seguridad han dado resultado, toda vez que han disminuido los actos violentistas. Lo dicho revela la política sistemática del gobierno en cuanto a la utilización de la ley antiterrorista en el marco del conflicto mapuche, que se contrasta a las recomendaciones y llamados efectuados tanto por el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Indígenas como por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre la materia.

A mayor abundamiento es preciso consignar que el juicio de los comuneros de la Coordinadora Arauco Malleco es el segundo proceso criminal seguido en contra de los comuneros por los mismos hechos de los que ya habían sido absueltos en una primera sentencia dictada por el mismo Tribunal Oral en lo Penal de Temuco en noviembre de 2004; dicho dictamen fue apelado en su oportunidad por el Ministerio Público y declarado nulo por la Corte Suprema que ordenó reiterar el proceso,⁶¹ en consideración a que según el fallo del Tribunal Supremo, no [se] valoraron suficientemente las pruebas y testimonios entregados por la fiscalía.⁶²

Otro caso particularmente destacado en el marco del conflicto mapuche lo constituyó el operativo policial de allanamiento efectuado por parte de Carabineros de Chile al interior de comunidades mapuche aledañas al Fundo Santa Margarita, en el marco de

⁶⁰ *Gobierno avala condena a mapuches*, *El Mercurio*, 22 de agosto de 2004.

⁶¹ *Ídem cit.* 46.

⁶² *Comienza el nuevo juicio a la Coordinadora Arauco Malleco*, *La Segunda*, 13 de Junio de 2005.

las diligencias para esclarecer el atentado que sufrió el agricultor Jorge Luchsinger. La diligencia policial, realizada en el sector llamado Tres Cerros por parte de efectivos de Fuerzas Especiales de Carabineros quienes ingresaron a varios domicilios, se produjo a raíz de los hechos en que sujetos ingresaron en forma repentina al domicilio del agricultor, lugar en que junto a su familia fue amenazado con armas de fuego y obligado a abandonar la casa, agrediendo posteriormente al agricultor y a su mujer, para después rociar combustible a la construcción originando un siniestro de proporciones.⁶³ No obstante tratarse de una diligencia que se realizó en cumplimiento a una orden de entrada y registro emanada del Juzgado de Garantía de Temuco, destaca la violencia generalizada empleada por los efectivos y la invasión generada por los mismos en el cumplimiento de la directiva.

Otro hecho que concitó la atención pública en materia de conflicto mapuche fue la situación de la lonko mapuche Juana Calfunao y la Comunidad Juan Paillalef, así como las recientes detenciones de integrantes de la comunidad. La mujer, que inició una huelga de hambre tras ser detenida bajo prisión preventiva en el Centro de Reclusión Femenino de Temuco, acusada de desórdenes públicos y amenazas a carabineros. La mujer fue detenida por primera vez luego de que el 21 de diciembre de 2005 miembros de su comunidad bloquearan un camino del sector de Laureles en protesta por la construcción de un camino privado que cruza los terrenos donde están asentados. En la oportunidad, funcionarios de Carabineros e Investigaciones llevaron a cabo diligencias de entrada y registro en propiedades de comuneros mapuche, en cumplimiento a una orden emanada del Juzgado de Garantía de Temuco. En la ocasión, los funcionarios hicieron uso de escopetas antimotines, sin embargo, no se registraron heridos ni detenidos.⁶⁴ Dos días después, un grupo de alrededor de 200 carabineros ingresó a la comunidad "Juan Paillalef", disparando bombas lacrimógenas y balines, procediendo a allanar, sin mediar orden judicial alguna, la vivienda de Juana Calfunao".⁶⁵ A la luz de estos hechos, Amnistía Internacional señaló que *"le preocupa que la detención de Juana*

⁶³ *Sorpresivo allanamiento en comunidades mapuches*, Diario Austral, 28 de Septiembre de 2005.

⁶⁴ *Amnistía Internacional expresa preocupación por lonko mapuche detenida*, El Mostrador, 12 de Enero de 2006.

⁶⁵ *Amnistía Internacional expresa preocupación por lonko mapuche detenida*, El Mostrador, 12 de Enero de 2006.

*Calfunao puede estar vinculada al uso de su legítimo derecho de protesta pacífica y por lo tanto sería una presa de conciencia”.*⁶⁶

Un lugar importante dentro del conflicto mapuche lo ocupa el conflicto territorial. En este contexto, uno de los casos emblemáticos lo constituye el conflicto surgido a raíz de la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco y la inundación del cementerio Quepuca Ralco en circunstancias de aún encontrarse pendiente la ejecución del procedimiento que dice relación con el estudio de Impacto Ambiental del proyecto de la Central Hidroeléctrica que tenía por finalidad justamente proteger al cementerio en cuestión.⁶⁷ Ante el grave incumplimiento de los compromisos suscritos por el Gobierno ante la Comisión Interamericana,⁶⁸ luego de que las familias mapuche-pehuenches afectadas por la construcción de la represa interpusieran una denuncia ante el organismo internacional en el año 2002, las denunciantes solicitaron una audiencia especial ante la Comisión, que tuvo lugar en octubre y a la que compareció también el Estado. Si bien tanto las familias mapuche-pehuenches afectadas, representadas por sus abogados, como el Estado chileno tienen la obligación de informar “periódicamente” de los avances en el cumplimiento de este acuerdo definitivo suscrito el 13 de octubre de 2003, hasta ahora el gobierno no ha dado cumplimiento a esta obligación, lo que sí ha hecho la parte peticionaria.⁶⁹ Por su parte, el Gobierno informó que, respecto a los compromisos adoptados por la administración de Ricardo Lagos, se ha avanzado en el cumplimiento de las pensiones y becas comprometidas, y que pronto debiera estar lista la subdivisión y entrega del fundo “El Porvenir” e iniciados los procedimientos para la entrega de los subsidios habitacionales respectivos. Enseguida, la autoridad señaló en su oportunidad, que los acuerdos materiales directos, mayoritariamente, se encuentran cumplidos, salvo las di-

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ver Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2005 (Hechos 2004).

⁶⁸ Los compromisos aludidos se refieren a la Solución Amistosa de 13 de octubre de 2003 entre el Estado de Chile y los denunciantes. En dicho acuerdo, el Estado de Chile se había comprometido a “actuar como garante y velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas por Endesa para atender las demandas particulares de las peticionarias para atender sus demandas relacionadas con tierras, compensaciones económicas y demandas educacionales”. Ver Mercedes Julia Huenteao y otras v. Chile, Informe sobre el Estado del Acuerdo de Solución Amistosa, 14 de octubre de 2004.

⁶⁹ *Presentan ante la Comisión Interamericana Informe sobre incumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado en el marco de acuerdo Ralco*, Observatorio de Derechos Indígenas, 15 de Octubre de 2005.

ficultades por falta de agua de riego en el fundo entregado a la señora Berta Quintreman, cuestión en la que el Gobierno ha instado a una solución conjunta.⁷⁰

Finalmente, otra de las contiendas asociadas a los territorios originarios, la constituye el conflicto suscitado entre la comunidad Huilliche de Chiloé y el empresario y ex candidato presidencial Sebastián Piñera, por el Parque Tantauco. Los argumentos esgrimidos por la comunidad indígena se basan en los títulos *realengos*, entregados el año 1823 a los huilliches por la Corona Española, los que -señala la comunidad- constituyen documentos probatorios de posesión territorial.⁷¹ En particular, las tierras en cuestión se entregaron a la etnia huilliche en el Tratado de Tantauco firmado en 1823, pactado entre los mismos huilliches y la Corona Española. A este respecto, el *werkén* del consejo de *lonkos* del *Picun Hilli Mapu* (territorio del norte de los huilliches), Jorge Abello, indicó que en el pasado, “*se le cedió tierras fiscales a un señor de apellido Anderson*”, un estadounidense, con el propósito infructuoso de explotar recursos forestales. “*Los mapuche-huilliches de Chiloé son los auténticos propietarios de esos terrenos. Jamás se han vendido. Esas son usurpaciones que se han realizado, ya sea por parte de Estado chileno o por particulares amparados por el Estado chileno*”, manifestó el *werkén*.⁷²

En opinión de Abello, Luego, en la misma controversia, se produce otro conflicto, esta vez en relación a la “*usurpación de derechos lingüísticos*”. En efecto, por medio de un recurso de reclamación administrativo, basado en la usurpación de derechos lingüísticos por parte de Piñera, se persigue que no se otorgue la marca registrada “*Tantauco*” ni a Piñera ni a ningún empresario, “*porque constituye patrimonio del pueblo huilliche*.”⁷³ En lo normativo, la acción se basa en los resguardos de los derechos lingüísticos de dicho consejo y del pueblo indígena chilote, para lo cual, se circunscribieron a textos y tratados internacionales. En tanto, en el marco nacional se acogieron a la Ley Indígena.⁷⁴

⁷⁰ *Ralco: Supervisan estado de avance de acuerdo entre pehuenches y Endesa*, *El Mostrador*, 14 de Septiembre de 2005.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² *Huilliches impugnan legalidad de posesiones de tierras de Sebastián Piñera*, *El Mostrador*, 26 de Agosto de 2005.

⁷³ *Comunidad huilliche presenta recurso contra Sebastián Piñera*, *La Nación*, 10 de Enero de 2006.

⁷⁴ *Parque en Chiloé: Huilliches rechazan uso del concepto “Tantauco”*, *Diario Austral*, 9 de Enero de 2006.

PASCUA LAMA

Pascua Lama es un proyecto de desarrollo minero que consiste en la explotación y procesamiento a tajo abierto de un yacimiento que contiene minerales de oro, plata y cobre, para obtener como productos metal doré (oro, plata) y concentrado de cobre. El yacimiento, ubicado en la Cordillera de los Andes, sobre el límite internacional chileno-argentino, a unos 150 kilómetros al sur oriente de la ciudad de Vallenar, en la Comuna de Alto del Carmen, Provincia de Huasco, III Región, tiene un carácter binacional, al considerar obras y operaciones tanto en territorio chileno como argentino.⁷⁵ El mineral sería extraído de la mina a razón de 15 millones de toneladas por año, y enviado a un chancador primario ubicado en territorio chileno, para reducir su tamaño. A continuación, el mineral sería transportado por medio de una correa hasta las instalaciones de procesamiento que se ubicarían en territorio argentino, traspasando la frontera a través de un túnel de 2.7 kilómetros de longitud. El proyecto tendría una duración estimada de 20 años, según las actuales reservas.

El aspecto más conflictivo del proyecto radica en el traslado de tres glaciares que realizaría la compañía minera canadiense *Barrick Gold Corporation* y el impacto ecológico que dicho traslado originaría para iniciar el proyecto Pascua Lama y explotar el yacimiento. Dicho impacto ecológico alcanzaría también al pueblo indígena diaguita.

Este traslado abarcaría un volumen de 300 mil metros cúbicos de hielo de los glaciares *Toro I*, *Toro II* y *Esperanza*, que se encuentran sobre el yacimiento, los cuales, a su vez, cubrirían una superficie aproximada de 20 hectáreas.⁷⁶ En concreto, la propuesta de la compañía explotadora (para mitigar el impacto medioambiental y evitar el derretimiento de los hielos) consiste en trasladar y adosar los glaciares referidos, a un glaciar de mayor envergadura que existe a unos dos kilómetros al sur, el *Guanaco*, que tiene más de 200 hectáreas de superficie. Ahora bien, para llevar a cabo dicho traslado, Barrick Gold intentaría relocalizar estos hielos en áreas de similar elevación y caracterís-

⁷⁵ Véase <http://www.olca.cl/oca/chile/pascualama.htm>

⁷⁶ Grupos ambientalistas, agricultores, dirigentes y vecinos de la III Región se han manifestado en contra del proyecto Pascua Lama, *La Tercera*, 27 de Marzo de 2005.

ticas de superficie, dentro de la misma cuenca, los cuales serían monitoreados y su estado será verificado durante los años posteriores a su emplazamiento.

La iniciativa ha sido fuertemente cuestionada por la comunidad aledaña e internacional, así como a través de una serie de manifestaciones de repudio organizadas por agricultores, dirigentes y vecinos. Las principales razones de la oposición a la construcción, estriban en que el proyecto minero generaría una contaminación de carácter general, y, el relave, a largo plazo, no dejará “nada vivo” a su alrededor. Además, los detractores afirman que los glaciares desaparecerán de a poco, dejando la zona sin su atractivo principal. “Si casi 24 hectáreas de glaciares han sido pasadas a llevar sólo para los estudios del proyecto, cómo será si se llega a concretar”, dijo Francisco Bou, dirigente de los agricultores.⁷⁷ A su turno, Raúl Montenegro, biólogo argentino y Premio Nobel Alternativo 2004, quien preparó un informe en el que detalla la serie de irregularidades en las que ha incurrido Barrick Gold durante la puesta en marcha del proyecto aurífero binacional Pascua Lama, señaló que “realmente parece absurdo pretender el manejo de glaciares, como si eso realmente pudiera ser algo sustentable”.⁷⁸

Ya en abril de 2005, según el estudio encomendado por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y el Gobierno Regional de Atacama al Centro de Estudios Científicos (CECS) de Valdivia, el plan de manejos de las masas de hielo que debe presentar la minera requeriría necesariamente intensificar los monitoreos de la zona cordillerana donde se emplazaría el yacimiento, con la finalidad de que se pueda prever el impacto ambiental que derive de la intervención en los glaciares.⁷⁹ Entre las medidas propuestas, el plan debiese extender el periodo de estudio de los glaciares de 20 a 50 años, lo que permitiría determinar las variaciones frontales, areales y de espesor de esos bancos de hielo con el paso del tiempo. Además, el estudio propone realizar exámenes glacioquímicos, biológicos e isotópicos que permitan conocer la “historia” de los glaciares y su evolución, a través de la extracción de testigos de hielo con sondajes desde el fondo

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ *Denuncian que minera Barrick dañó glaciares en territorio argentino, El Mostrador*, 29 de Marzo de 2005.

⁷⁹ *Último informe exige nuevos estudios a Barrick, Diario de Atacama*, 3 de Abril de 2005.

rocoso. Las mediciones, según el CECS, deben ampliarse también a los glaciares llamados Guanaco y el Estrecho, debido a que éstos pueden ser afectados indirectamente por el material particulado que levanten las faenas mineras posándose sobre ellos. Cabe consignar que estos dos glaciares son de vital importancia para los valles cordilleranos de la zona, dada su extensión de más de 400 hectáreas. En otra de las medidas propuestas, los expertos plantean estudiar de forma permanente y en tiempo real parámetros como la temperatura, densidad de los glaciares y de sus capas de nieve y la profundidad de éstos, puesto que hasta el momento la minera sólo ha hecho monitoreos a finales de invierno y verano y no de forma continua. Finalmente, otra de las variables que Barrick Gold Corporation debería profundizar en sus mediciones, y que ha sido considerado uno de los puntos más sensibles para los agricultores de la zona, es acerca de los caudales de los riachuelos que nacen en esa área cordillerana, donde la compañía debiese evaluar la calidad y cantidad del recurso hídrico proveniente de esos glaciares. No obstante, hasta el momento no se tiene certeza del aporte real de estos bancos de hielo en los caudales de los ríos, por lo cual tampoco se puede determinar las implicancias de la intervención glaciar. Por tal motivo se está exigiendo el aumento de las pesquisas. Finalmente, el informe de los glaciólogos sugiere establecer en la zona centros de medición meteorológicos que funcionen a todo evento.⁸⁰

Además del impacto medioambiental general, preocupa también el daño irreversible a la vida del Pueblo Diaguita que habita las zonas de la explotación desde hace varios siglos. La explotación del yacimiento en cuestión generaría un daño ambiental que afecta los terrenos ancestrales de este Pueblo Indígena. En el marco de reivindicar las tierras ancestrales para el Pueblo Diaguita, desde el año 2001 existe un juicio pendiente en el Juzgado de Letras de Vallenar a raíz de una demanda civil por usurpación de tierras, a través de la cual la comunidad solicita la nulidad de la compraventa en virtud de la que la empresa adquirió el dominio. Lo dicho tiene como sustento jurídico el que en la especie se trataría de derechos que debieron haberse sometido al régimen legal establecido por el DFL N° 5 para su enajenación, el cual exige la aprobación de la asamblea de la comunidad para la venta de derechos sobre campo común. A este respecto, es me-

⁸⁰ Ídem.

nester señalar que las particularidades socio culturales de esta comunidad han sido reconocidas por la legislación chilena, mediante la Ley 19.253 Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y por el D.F.L N° 5 de 1967, a través del cual el Estado de Chile reconoce la propiedad ancestral comunitaria de los Huascoalinos sobre sus territorios.⁸¹

Por su parte, la Comunidad Diaguita de los Huascoalinos solicitó a la Dirección General de Aguas declarar la ilegalidad del Protocolo suscrito el 30 de junio entre la Compañía Minera Nevada –filial de la multinacional canadiense Barrick Gold– y el Directorio de la Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus Afluentes. A través de una presentación formal realizada por la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la comunidad indígena pidió además la suspensión inmediata de la aplicación de dicho acuerdo. Organizaciones de la sociedad civil y no gubernamentales, apoyaron ambas acciones, así como otras que serían emprendidas para evitar la implementación del proyecto minero. El Protocolo suscrito entre la compañía minera y el directorio de la Junta de Vigilancia implica, entre otros acuerdos, la transferencia de US\$ 60 millones –aproximadamente 35 mil millones de pesos– en un plazo de 20 años, pagaderos en cuotas anuales de US\$ 3 millones, con el fin de compensar los potenciales impactos y efectos adversos, directos e indirectos, que pudieran resultar de la ejecución del proyecto.⁸²

En esta misma línea, y con el objetivo de impedir que el proyecto minero Pascua Lama siguiera adelante por el significativo daño ambiental que provocaría en el valle del Huasco en la Tercera Región, el diputado PPD, Leopoldo Sánchez, dio a conocer en el mes de agosto una iniciativa legal para proteger los glaciares, donde se postula que se incorporen en el Artículo 11 en la Ley de Bases del Medioambiente más precisiones y nuevas materias, dentro de las cuales estaría incluida una mayor protección a los glaciares y que las actividades o proyectos que se quiera realizar respecto de ellos sean sólo con fines científicos, de ecoturismo o aprovechamiento del derretimiento natural del hielo, debiendo ser sometidos a evaluación de impacto ambiental.

⁸¹ *Indígenas mantienen juicio por supuesta usurpación de tierras de mina Pascua Lama, La Tercera*, 4 de Junio de 2005.

⁸² Ídem.

Al cabo de una serie de reuniones y estudios, la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de Atacama resolvió aprobar en febrero de 2006 la ampliación del controvertido proyecto minero binacional Pascua Lama. La COREMA de Atacama, junto con aprobar por unanimidad el proyecto Pascua Lama, resolvió impedir cualquier tipo de intervención en los glaciares Toro I, Toro II y Esperanza, tras calificar ambientalmente el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto minero Pascua Lama.⁸³

Finalmente, en marzo de 2006 la Comunidad Diaguita y Agrícola de los Huasco Altinos presentó un Recurso de Reclamación ante el Consejo de Ministros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, con el objetivo de impugnar la resolución que autorizó el proyecto minero Pascua Lama. El escrito postula que la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama no consideró las observaciones formuladas por la comunidad ni los derechos que le son garantizados por el DFL N° 5 de 1968 sobre Comunidades Agrícolas del Ministerio de Agricultura y sus posteriores modificaciones y por la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. La primera observación se refiere a las razones por las que se autorizó el proyecto en circunstancias de que tiene cuestiones legales pendientes. La segunda establece que “las tierras tienen una propiedad ancestral de origen diaguita e inscrita con título de dominio en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar y que la empresa ha ignorado”. La comunidad recordó que la resolución evacuada por la COREMA indicó que estas observaciones no eran pertinentes, además de argumentar no poseer las facultades para “pronunciarse acerca de los procesos legales sobre los predios donde se pretende desarrollar el proyecto sujeto a aprobación ambiental”.⁸⁴ En la víspera, también presentaron recursos de reclamación el Consejo de Defensa del Valle del Huasco, y las ONG Oceanía y el Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA).

⁸³ *Corema aprueba ampliación de Pascua Lama pese a oposición de ambientalistas*, *El Mostrador*, 15 de Febrero de 2005.

⁸⁴ *Diaguitas presentan recurso de reclamación contra proyecto Pascua Lama*, *El Mostrador*, 8 de Marzo de 2006.

Derechos Humanos de los Inmigrantes

INTRODUCCIÓN

Según el Censo de 2002, que contiene las estadísticas oficiales chilenas más recientes acerca del total de inmigrantes en Chile, existirían en nuestro país 195.320 extranjeros residentes, de los cuales 50.448 serían argentinos, 39.084 peruanos 11.649 bolivianos y 9.762 españoles.¹ Sin embargo, resulta evidente que estas cifras no dan cuenta de la realidad migratoria actual.

En efecto, según el Informe de Evolución del Movimiento Migratorio Peruano 2004, producido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática limeño, más de 85.000 peruanos residen en Chile, cifra que supera el doble de la arrojada por el Censo 2002.² Solamente en la primera mitad del año 2005, más de 131.000 inmigrantes peruanos han ingresado a Chile.³ Cabe destacar que, sólo en la comunidad peruana de inmigrantes, el 65% son mujeres⁴, lo cual acarrea graves consecuencias familiares.

La diferencia entre estas cifras no resulta sorprendente si se tiene en consideración que ya han pasado tres años desde la realización del Censo. Ello, sumado al hecho de que un número no menor de inmigrantes ingresan y/o permanecen en el país de manera ilegal, hace particularmente difícil dar con cifras preci-

¹ Censo 2002.

² "Más de 85.000 peruanos residen en Chile, según informe de Lima"; Radio Cooperativa; domingo, 31 de julio de 2005; <http://www.cooperativa.cl/>; página consultada el 21 de octubre de 2005.

³ "Más de 131.000 inmigrantes peruanos llegaron a Chile en primer semestre de 2005"; Radio Cooperativa; lunes, 22 de agosto de 2005; <http://www.cooperativa.cl/>; página consultada el 21 de octubre de 2005.

⁴ *El Mercurio*, página A 11, 12 de octubre de 2005.

sas acerca del número de inmigrantes que hoy viven en nuestro país.

Es claro que la cantidad de inmigrantes en Chile ha ido en aumento a lo largo de los últimos años.⁵ Dicho incremento se ha dado tanto con respecto a los inmigrantes documentados e indocumentados. Con respecto a estos últimos, cifras de Policía de Investigaciones muestran que el año 2004 ingresaron clandestinamente al país 635 personas, siendo prácticamente el doble de la registrada el año 2003.⁶ Solamente en enero de 2005, el número de detenidos por ingreso ilegal ascendía a 85 extranjeros.⁷ Así, si bien Policía de Investigaciones ha identificado 25 pasos clandestinos en todo el territorio nacional, se presume que deben existir al menos 80.⁸

La existencia de tal grado de clandestinidad coloca a los inmigrantes en una situación particularmente vulnerable. Además de llegar a un país que les es desconocido, con el proceso de adaptación que ello implica, lo hacen en condiciones que no les permiten hacer valer sus propios derechos, por cuanto el temor a que los sorprendan en el país los obliga a mantenerse en silencio.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 69 de la Ley de Extranjería⁹ sanciona con una pena que va desde los 61 días hasta los 5 años de cárcel a los extranjeros que entran al país clandestinamente, a través de un paso no habilitado. Por su parte, si entran personas que tienen causales de impedimento o prohibición de ingreso, la pena puede llegar hasta los 10 años de cárcel. No obstante, cuando la persona de que se trate sea en definitiva reconocida como asilado o refugiado no habrá sanción a su respecto.

La legislación que rige actualmente, y desde hace ya varias décadas, es escasa, insuficiente y no responde a la actual realidad migratoria. Es así como el propio Gobierno ha reconocido en varias oportunidades, a lo largo de los últimos años, la necesi-

⁵ Según se relataba en el Informe del año anterior, el flujo migratorio ha aumentado en un 75% desde 1992 a 2002.

⁶ Carmona, A., y Pobrete, A.; "Colados en el paraíso"; *La Nación*; sábado, 19 de febrero de 2005; http://www.diariolanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20050219/pags/20050219190959.html; página consultada el 21 de octubre de 2005.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ DL 1.094, de 1975; Establece normas sobre extranjeros en Chile; publicado el 19 de julio de 1975.

dad de reformar esta legislación.¹⁰ Si bien el Gobierno, en la Propuesta Política Migratoria de 2004¹¹, propone adaptar la legislación referida, especialmente en lo relativo al derecho de residencia, derecho a locomoción y libre e igualitario acceso a la residencia, no se ha avanzado en la materia.

Concretamente, a nivel legislativo es necesario que se reconozca el fenómeno de la migración económica; mientras que, a nivel de políticas públicas, es menester que efectivamente se implementen aquéllas ya existentes, a las que haremos referencia a lo largo de este texto, a fin de que no sigan siendo letra muerta y pasen a constituir una verdadera herramienta para asegurar el respecto de los derechos y dignidad de los inmigrantes en Chile.

DERECHO AL TRABAJO

Una de las áreas en la que los inmigrantes se encuentran más vulnerables y expuestos a la violación de sus derechos fundamentales, es la laboral. Muchos de los inmigrantes que llegan a Chile lo hacen en búsqueda de mejores oportunidades laborales¹², pero la realidad con la que se encuentran al llegar a nuestro país dista mucho de ser la mejor.

La necesidad de encontrar un trabajo que les permita sobrevivir conduce a que muchos inmigrantes no tengan otra opción que trabajar por escasas remuneraciones y bajo precarias condiciones,¹³ que llegan a violar los estándares del Derecho laboral. Dicha situación suele ser especialmente grave tratándose de migrantes indocumentados, dado que, en tal caso, el temor a ser descubiertos los induce a aceptar condiciones que llegan a bordear en lo inhumano. En efecto, es común que trabajen por

¹⁰ Mujica Petit, Javier: El desafío de la solidaridad. Condiciones de vida y de trabajo de los migrantes peruanos en Chile; Documento de Trabajo No. 178; Lima: OIT/ACTRAV, 2003; Organización Internacional del Trabajo; página 52; visitado el 21 de octubre de 2005 en http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/pdf/doc_178/doc178.html

¹¹ Departamento de Extranjería, Gobierno de Chile; Propuesta Política Migratoria; versión actualizada a octubre de 2004; página 19.

¹² Ídem.

¹³ Vergara Bolbarán, Eduardo; "Desafiando la inmigración"; *La Segunda*; <http://www.lasegunda.com/ediciononline/especiales/zonaopinion/vergara/index.asp>; página consultada el 17 de octubre de 2005.

remuneraciones muy inferiores al sueldo mínimo, que sus horas de trabajo excedan la jornada laboral legal, que no se les paguen las horas extras, y que no cuenten con previsión alguna, por mencionar sólo algunos de los problemas a los que estos trabajadores se ven enfrentados a diario.

En relación con esto, el Gobierno se ha propuesto fomentar la regularización de los trabajadores migrantes indocumentados, como también promover la regularidad de los trabajadores migrantes con intenciones de residir en Chile.¹⁴ Si bien no existe una normativa clara al respecto, el jefe del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, Rafael Pereira, asegura que la autoridad ha reconocido hasta ahora los mismos derechos para inmigrantes ilegales y para aquellos que han regularizado su situación.¹⁵ Ello se encontraría conforme con los estándares establecidos en esta materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha manifestado que:

*“(...) la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.*¹⁶

La realidad chilena, sin embargo, muestra que las condiciones laborales y los derechos que se les reconocen a los inmigrantes en general, y los inmigrantes indocumentados en particular, están lejos de alcanzar los estándares establecidos en nuestra legislación laboral.

En este sentido más del 80% de las mujeres peruanas en Chile han conseguido trabajo doméstico que en la mayoría de los casos no va acompañado de beneficios sociales y previsionales. Mu-

¹⁴ Departamento de Extranjería, Gobierno de Chile; Propuesta Política Migratoria; versión actualizada a octubre de 2004; página 19.

¹⁵ “Indocumentados”; *El Mercurio*; 14 de enero de 2005; www.emol.cl; página consultada el 30 de junio de 2005.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Opinión Consultiva OC-18/03 DE 17 DE Septiembre de 2003; “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”; párrafo 134.

chas están sobre calificadas para este oficio, lo cual va generando desaliento en las perspectivas laborales.¹⁷

Así, la asistente social Lilia Núñez señala que para el migrante hay una inserción laboral pero nada más. Las condiciones laborales, sociales y económicas son limitadas así señala: “Tiene (el Estado) un discurso o una permisividad, pero esa permisividad básicamente la entiendo porque estamos en un mercado abierto. La lógica de dejar entrar inmigrantes no necesariamente obedece a una voluntad política o solidaria. En Chile entra el capital extranjero, entran las mercancías, y los trabajadores migrantes por la misma lógica”.¹⁸

Ahora bien, cabe mencionar que, en reconocimiento de la problemática antes descrita, los días 22 y 23 de agosto de 2005, se reunieron los Ministros de Relaciones Exteriores de Perú y Chile, Oscar Maúrtua e Ignacio Walker, respectivamente, para analizar en una reunión de trabajo la agenda bilateral de ambos países. Dicha reunión se enmarca dentro de los lineamientos de las Declaraciones Presidenciales suscritas en Lima en el año 2001, y en Santiago en el año 2002.

Dentro de los temas a tratar se discutió y convino en suscribir un Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social que permitirá “hacer efectivos los traspasos de fondos de pensiones y otros aspectos previsionales en beneficio directo de nacionales migrantes de un Estado residente en otro y, en este sentido, acordaron la realización de seminarios y otras actividades para la difusión de la naturaleza y de los alcances del mismo”.¹⁹

Lo anterior se enmarca en la preocupación por parte de los inmigrantes –especialmente de los peruanos–, en el destino de sus fondos previsionales al momento de retornar a su país de origen. Así, muchos de ellos prefieren no hacer cotizaciones previsionales, teniendo en cuenta los bajos salarios y la nula regulación que existe al respecto en cuanto al destino de ellos al momento de la devolución cuando retornan a su país.

Por otra parte, se acordó el estudio del establecimiento de un Consejo de Integración Social Peruano-Chileno que estaría con-

¹⁷ “La esperanza mira al sur”, www.puntofinal.cl página consultada el 11 de octubre de 2005.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Declaración conjunta de los Ministros de Relaciones Exteriores de Perú y Chile, www.minrel.cl página consultada el días 17 de octubre de 2005

formado por los ministerios de Educación, Salud, Trabajo y Previsión Social, de Planificación y del Servicio Nacional de la Mujer; de nuestro país. Este consejo estaría enfocado a identificar las políticas y acciones que se pondrían conjuntamente en marcha, en beneficio de los ciudadanos peruanos en Chile y viceversa.

Asimismo, los cancilleres acordaron una campaña conjunta para prevenir y combatir la trata de personas en relación con la explotación laboral y sexual.²⁰

DERECHO A LA SALUD

Otra área en que los derechos de los inmigrantes se ven constantemente atropellados es la de la salud. Si bien la actual Política Migratoria en teoría no limita el acceso a la salud para extranjeros, ella no se hace cargo del funcionamiento de los sistemas de salud, el cual limita en la práctica dicho acceso. En efecto, para acceder a los consultorios públicos se requiere contar con una cédula de identidad, documento del cual carecen muchos inmigrantes. A ello se suma el hecho de que, dada la dificultad para obtener contratos de trabajo, los inmigrantes suelen no poder ingresar al sistema de ISAPRES y FONASA, por lo que la única opción que les resta es intentar obtener una tarjeta de indigencia.

Resulta preocupante notar que, no obstante que esta situación ya fue denunciada en el Informe del año anterior, a la fecha la realidad sigue siendo la misma, sin que puedan observarse avances en la materia.

Cabe señalar que en diciembre de 2005 se realizó una encuesta en la Región Metropolitana, revelando que “el 40% de los niños migrantes no está inscrito en el sistema de salud público. De ellos, un 29.7% no cuenta con cédula de identidad”.²¹ La principal razón de estas cifras, es que los niños no están en Chile el tiempo suficiente, lo cual no les permite acceder a visa o cédula.

En diciembre de 2005 se estableció una mesa de trabajo, entre el Colectivo Sin Fronteras y el Ministerio de Salud, para abordar el tema de los niños/as migrantes y el acceso a la salud. Al res-

²⁰ Ídem.

²¹ Ver: http://www.lanacion.cl/cgi-bin/print_page_02.cgi?URL=http%3A//www.lanacion.cl

pecto, el director de FONASA señaló respecto al tema, que “hay que avanzar en la situación de los menores inmigrantes indocumentados (...) este es un problema que hay que resolver prontamente”.²² Este tema debe ser resuelto con prontitud por las autoridades pertinentes, debido a lo sensible del tema, y de lo vulnerable de las personas involucradas: niños y niñas que no tienen protección de su salud.

Otro tema de preocupación dice relación con la vulnerabilidad de los inmigrantes al VIH en Chile. El “Estudio de caracterización de los factores de riesgo y vulnerabilidad frente al VIH/SIDA” –investigación que se inserta dentro del proyecto del Fondo Global, Componente de Prevención y Proyecto: Desarrollo de Modelos y Estrategias de Prevención en Poblaciones Vulnerables Emergentes de ONUSIDA–, reveló que los migrantes son un nuevo grupo vulnerable al VIH en Chile.

Si bien actualmente los migrantes no presentan un riesgo epidemiológico para la expansión del VIH, el Estudio mostró que se han constituido como un nuevo grupo vulnerable. El Estudio encuestó a 589 migrantes de Iquique, Valparaíso y Santiago, a fin de conocer sus niveles de riesgo y los factores de vulnerabilidad, centrándose en las trabajadoras de casa particular y las trabajadoras sexuales.

Tal como aclara la directora de la Comisión Nacional del Sida (Conasida), Edith Ortiz, ser migrante no es en sí mismo un factor de riesgo para contraer el VIH, sino que “son las situaciones en que se encuentran y los posibles comportamientos adoptados durante su desplazamiento a otros países lo que aumenta la vulnerabilidad de infectarse (...)”.²³

En este sentido, Raúl Paiba, presidente del Comité de Refugiados Peruanos en Chile, advierte que “los peruanos que viven en provincias pequeñas llegan a Santiago a trabajar. Pero el estrés y la soledad provoca que los compatriotas se destapen y liberen el fin de semana. Muchos con algunos tragos en el cuerpo, se creen dueños del mundo y tienen relaciones sexuales sin ninguna protección. (...). Los jóvenes que están acá no tienen mucho contacto con sus familias y son más vulnerables a caer en los vicios. Tam-

²² Ídem.

²³ Ortiz, Edith; citada en Araya, Ermy; “Migrantes e indígenas son los nuevos grupos vulnerables al VIH en Chile”; *La Nación*; lunes, 11 de julio de 2005; http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/edic/2005_07_11_1/home/home.html; página consultada el 30 de julio de 2005.

bién existen muchos mitos de que si se involucran sólo con sus pares, no contraerán el VIH".²⁴

Lo reseñado deja en evidencia la necesidad de crear e implementar una política de prevención para los inmigrantes, para lo cual es primordial trabajar con sus propias redes sociales, en tanto que son éstas las que mantienen lazos más estrechos con estos grupos.

Por otra parte, en cuanto a la atención de salud de las mujeres embarazadas inmigrantes, Nicolás Torrealba, Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, señala que existe un programa que se está implementando por la División de Organizaciones Sociales con el Ministerio de Salud, el Departamento de Extranjería y algunas organizaciones sociales peruanas. El principal objetivo es dar atención médica a las mujeres embarazadas, trayendo aparejado que las que se encuentran en forma irregular puedan arreglar sus papeles en Extranjería.²⁵

La información de las diversas medidas existentes de asistencia a los inmigrantes peruanos es escasa, no llegando a todos ellos, por lo que la adopción de medidas de difusión se hace urgente, tanto en temas de salud como de educación y previsión social.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

De acuerdo a datos entregados por el Consulado peruano en Chile, desde el año 2000 se puede observar en el flujo migratorio hacia Chile un proceso de reunificación familiar, por medio del cual los inmigrantes traen a sus hijos e hijas a Chile, para así asentarse en el país.²⁶ En este contexto, según cifras entregadas por el Ministerio de Educación, alrededor de un 11% de los hijos e hijas de inmigrantes no ingresan al sistema escolar.²⁷

Como reacción a lo anterior, en el año 2005 se lanzó oficialmente la nueva política del Ministerio de Educación, denominada "Por el Derecho a la Educación: integración, diversidad y

²⁴ Paiba, Raúl; citado en Araya, Ermy; "Migrantes e indígenas son los nuevos grupos vulnerables al VIH en Chile"; *La Nación*; lunes, 11 de julio de 2005; http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/edic/2005_07_11_1/home/home.html; página consultada el 30 de julio de 2005.

²⁵ "En los muros de la catedral se informa a los inmigrantes peruanos de sus derechos en Chile" www.puntofina.cl

²⁶ Información extraída en *El Mercurio*, página A 11, 12 de octubre de 2005.

²⁷ *La Nación*, página 16, 2 de septiembre de 2005.

no discriminación”, conforme a la cual se le reconoce a todos los hijos de inmigrantes el derecho a matricularse en los establecimientos educacionales del país, independientemente de la situación legal de sus padres, es decir, sean éstos migrantes regulares o irregulares. Si bien la normativa existía desde el año 1995, se hizo necesario corregir el documento para así evitar un sinnúmero de situaciones irregulares de expulsión de alumnos extranjeros en donde no existían motivos aparentes de cancelaciones de matrículas.

La coordinación de esta iniciativa será llevada a cabo por la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior; el Ministerio de Educación y el Consulado peruano en Santiago.

Según explicó el Ministro de Educación, Sergio Bitar, “algunos hijos de inmigrantes se estaban quedando fuera del sistema escolar porque se les pedían documentos que acreditaran su permanencia regular en Chile. Ahora podrán ingresar a la escuela con los mismos derechos aunque sus padres estén en forma irregular en el país. Creemos que todos los niños tienen que ser tratados en forma igual y no pueden quedarse sin asistir al colegio; por eso, he enviado un instructivo a todos los directores provinciales de educación de Chile para que informen a los directores de establecimientos educacionales que todos deben ser acogidos”.²⁸

Además de garantizar el acceso a la educación de todos los niños y niñas inmigrantes, la política señalada contempla la regularización de la residencia de los que se encuentran sin sus permisos migratorios vigentes, a través de la entrega de una visa de estudiante.²⁹

Ahora bien, la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) señala “que también se acepta hijos de inmigrantes (...) pero se reconoce que la demanda es tan alta, que no es posible dar una solución a todas”.³⁰

²⁸ Bitar, Sergio; citado en “Gobierno asegura derecho a la educación de hijos de inmigrantes”; http://www.mineduc.cl/index.php?id_contenido=1754&id_seccion=10&id_portal=1; página consultada el 17 de octubre de 2005.

²⁹ “Hijos de inmigrantes: ¿cómo completar estudios en básica y media?”; El Diario Austral; Martes 18 de octubre de 2005; Año XC - Nro. 32.400; http://www.australtemuco.cl/prontus4_noticias/antialone.html?page=http://www.australtemuco.cl/prontus3_tramites/site/artic/20040317/pags/20040327223953.html; página consultada el 18 de octubre de 2005.

³⁰ *El Mercurio*, A 11, 12 de octubre de 2005

Cabe destacar la iniciativa de la escuela Alemania, con un plan piloto de integración chileno-peruano. Esta escuela es la con mayor cantidad de niños inmigrantes de la comuna de Santiago, cuenta con 85 alumnos peruanos de un total de 380 estudiantes de kinder a octavo básico. La idea es la inclusión de niños peruanos en las celebraciones chilenas y el desarrollo de las manifestaciones culturales peruanas. Las medidas de inclusión llegan a adopción de medidas tales como, cantar tanto el himno chileno como el peruano los días lunes.³¹

REFUGIADOS

De acuerdo a la Organización Internacional de Migraciones, se entiende por “asilo” la “protección que un estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades del otro estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades”.³²

Desde el año 2001, la Vicaría de Pastoral Social del Arzobispado de Santiago es la agencia implementadora en Chile del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), de modo que le corresponde asesorar y acompañar a los refugiados en su proceso de integración social y legal. Según disponen cifras de la Vicaría, no más de 70 personas al año solicitan refugio.³³

El panorama, sin embargo, ha cambiado estos últimos años, viéndose un claro incremento en estas solicitudes. Actualmente viven en Chile más de 650 refugiados que tuvieron que dejar sus países de origen por ser perseguidos por motivos de raza, religión, ideología, entre otros.³⁴ De ellos, alrededor de 120 son niños.³⁵ Estas cifras, sin embargo, aumentan día a día.

³¹ www.lanacion.cl sábado 20 de agosto de 2005.

³² Organización Internacional de Migraciones; “Derechos Humanos y Migraciones”; Concepción, 13 de enero de 2005; www.oimchile.cl/destacado/doc_ddhh_migracion/Seminario_DDHH.ppt14; página consultada el 15 de agosto de 2005.

³³ Espinosa, Pilar; “Jóvenes indocumentados “suplican” por refugio, tras huir de un país donde la esperanza de vida es de 42 años”; *El Mercurio*; página C6; 17 de marzo de 2005.

³⁴ Cerda, Rodrigo, y Gómez, Uziel; “Demandan agilización gubernamental: Refugiados reclaman por mucha burocracia”; *El Mercurio*; página C10; 11 de abril de 2005.

³⁵ Elgueda, Pamela; “Testimonio infantil: Chile bajo el ojo de los niños inmigrantes”; *El Mercurio*; página A21; 22 de enero de 2005.

En efecto, en el 2004 el ACNUR recibió 168 solicitudes para refugiarse en Chile, correspondientes a personas de cinco países, de las cuales la mayoría son de Colombia.³⁶ A lo largo del 2005, estas cifras aumentaron vertiginosamente, ya que la sola cifra de refugiados colombianos fue 170 personas, sin mencionar los refugiados de otras nacionalidades.³⁷

Ante el aumento de refugiados en Chile, el Gobierno ha reaccionado creando la Unidad de Refugio, que operará en el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior.³⁸ Por su parte, el procedimiento que se sigue al presentarse una solicitud de refugio es que se permite el ingreso al país como turista, mientras el Ministerio del Interior tramita su petición de asilo, para lo cual se pide el pronunciamiento del ACNUR, que certifica la calidad de refugiado.³⁹ En cuanto al permiso laboral, que se concede mientras se autoriza la residencia definitiva de refugiados, se tramita en el Departamento de Extranjería en Santiago, estando a la espera de un informe de Policía Internacional, el cual es especialmente demoroso.⁴⁰

Este proceso suele ser bastante largo, pues generalmente pasan hasta 14 meses para que concluya. Esto resulta particularmente grave si se tiene en consideración las dificultades a las que se enfrentan estas personas al momento de buscar trabajo, pues, por no contar con residencia, ni documentos de identidad, resulta más complejo que alguien les dé empleo⁴¹, aun cuando el Ministerio otorga permisos provisorios para tal efecto.⁴² Durante el tiempo en que no cuentan con el pronunciamiento del Ministerio

³⁶ Ídem.

³⁷ "Controversia por ingreso de refugiados colombianos"; *El Mercurio*; 18 de septiembre de 2005; página D8.

³⁸ Cerda, Rodrigo, y Gómez, Uziel; "Demandan agilización gubernamental: Refugiados reclaman por mucha burocracia"; *El Mercurio*; página C10; 11 de abril de 2005.

³⁹ Silva, Mauricio; "Amenazados de muerte: 39 colombianos pidieron asilo político a Chile"; *El Mercurio*; página C1; 19 de mayo de 2005.

⁴⁰ "Polizones ruegan por permiso para trabajar"; *El Mercurio*, página C 7, 24 de abril de 2005

⁴¹ Cerda, Rodrigo, y Gómez, Uziel; "Demandan agilización gubernamental: Refugiados reclaman por mucha burocracia"; *El Mercurio*; página C10; 11 de abril de 2005. En el mismo sentido, ver Yáñez, Cecilia; "Chile como segundo hogar"; *La Nación*; lunes, 20 de junio de 2005; http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/edic/2005_06_20_1/home/home.html; página consultada el 30 de julio de 2005.

⁴² "Refugiados: Líder de los colombianos autoexiliados niega el engaño"; *El Mercurio*; página C17; 21 de mayo de 2005.

del Interior, los refugiados se encuentran amparados por el Estatuto de Refugiados de la Convención de Ginebra, que en su artículo 33, señala que no se puede expulsar o devolver a refugiados a territorios donde peligre su vida o su libertad.

Ejemplo de lo señalado es el caso de la familia de Antonio Torres y Olga Pavón, que tienen dos niños, de tres y un año de edad respectivamente, quienes se encuentran a la espera de una respuesta por parte del Ministerio del Interior. Al llegar a Chile, la Vicaría Pastoral Social les hizo entrega de \$210.000 durante seis meses, además de cobertura de salud y un curso de capacitación, pero, pasados esos seis meses, y aún sin una respuesta del Ministerio, quedaron sin apoyo alguno.⁴³

DISCRIMINACIÓN

Una barrera que se presenta en todas las áreas de las que hemos hecho mención, es la discriminación a la que suelen verse expuestos. Si bien a los chilenos nos gusta pensar que no somos discriminatorios, los relatos de discriminación y exclusión abundan. Así, no es poco frecuente encontrar que mientras se señala que la xenofobia no existe, se indica que tal grupo no es “agraciado”, que “huele mal” o que es “intelectualmente inferior”.

Más que una cultura acogedora y receptiva, los inmigrantes que llegan a nuestro país acostumbran encontrarse con tratamientos que les hacen saber que no son bienvenidos. Tal fue el caso de Michael Jade, un colombiano de trece años de edad, quien, al bajar del bus por medio del cual llegó a Chile, escuchó que decían “Por qué siguen llegando más negros acá”.⁴⁴

Cabe señalar, sin embargo, que el recibimiento que encuentran los extranjeros en nuestro país varía mucho, dependiendo tanto de su lugar de procedencia, como de su apariencia. Ejemplo de ello es lo siguiente: “El recibimiento que tuvo Michael en Chile dista mucho del que le dieron a Leslie Gartner (14). Ella también es de Cali, pero, a diferencia de Michael, tiene la piel clara, los ojos verdes y “pinta de modelo”. No le costó nada hacerse de amigas, e incluso, al comienzo se sentía un poco extraña:

⁴³ “Colombianos huyen de las Farc”; *El Mercurio*; página C10; 11 de abril de 2005.

⁴⁴ Elgueda, Pamela; “Testimonio infantil: Chile bajo el ojo de los niños inmigrantes”; *El Mercurio*; página A21; 22 de enero de 2005.

“Es que todas las niñas querían estar conmigo, y yo no podía estar en todas partes. Era raro”.⁴⁵

A su vez, no se trata únicamente de que sean mal recibidos en nuestro país, sino que la discriminación ha escalado a tal punto que se ha lanzado una verdadera campaña de racismo. “Pitéate un peruano”, es el nombre de la campaña que fue lanzada por Internet y que también fue difundida mediante panfletos por el Centro de Santiago,⁴⁶ buscando incentivar la discriminación en contra de estas personas.

De este modo, queda al descubierto el racismo de nuestra sociedad, lo que, a su vez, revela la urgente necesidad de que se implementen políticas públicas y campañas de antidiscriminación. Mientras ello no se implemente, el Estado de Chile se encontrará en violación de sus obligaciones internacionales en materia de no discriminación, pues, según ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas”.*⁴⁷

Así, resulta evidente que no es legítimo invocar el status migratorio de una persona, para discriminarla.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Espindola, Gerardo; “Píteate a un Hermano?”; diario en línea El Morrocotudo; <http://www.elmorrocotudo.cl/admin/render/noticia/699>; página consultada el 18 de diciembre de 2005.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Opinión Consultiva OC-18/03 DE 17 DE Septiembre de 2003; “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”; párrafo 109.

Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad

INTRODUCCIÓN

En el Informe Anual anterior, se relataba que una de las dificultades que surgían al momento de tratar el tema de los derechos humanos de las personas con discapacidad, era precisamente el hecho de que, a nivel nacional, se carecía de un concepto uniforme sobre lo que se habría de entender por el término “discapacidad”, lo cual conducía a la existencia de estadísticas divergentes y poco claras en el tema. Justamente en reconocimiento de esta problemática, es que, entre los meses de julio y agosto de 2004, el Fondo Nacional de la Discapacidad (FONADIS), junto al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), implementó por primera vez en Chile el sistema denominado Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que fue creado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

La implementación de éste sistema culminó en la publicación, en abril de 2005, del Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile. Conforme al mismo, actualmente se entiende la “discapacidad” como “un término genérico, que incluye deficiencias en las funciones y/o estructuras corporales, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, indicando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”.¹ El estudio

¹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; ENDISC-CIF; Chile 2004; FONADIS, INE, Gobierno de Chile; Santiago, abril de 2005; página 12.

distingue entre la discapacidad leve², discapacidad moderada³, y discapacidad severa⁴.

Este estudio nos permite contar por primera vez con datos claros acerca de la prevalencia de la discapacidad en nuestra sociedad, así como identificar los distintos desafíos a que se ven enfrentadas las personas con discapacidad para lograr desarrollar su vida cotidiana.

Al respecto, cabe observar que 2.068.072 de los chilenos y chilenas viven con discapacidad, es decir, aproximadamente una de cada ocho personas.⁵ A su vez, uno de cada tres hogares del país presenta al menos un miembro con discapacidad.⁶ Del total de la población chilena, un 7,2% presenta un grado leve de discapacidad; un 3,2% moderado y un 2,5% severo.⁷

En cuanto a la distribución territorial de las personas con discapacidad dentro del país, es de notar que, si bien el 83,8% de estas personas viven en zonas urbanas y sólo el 16,2% en zonas rurales,⁸ la tasa de prevalencia de discapacidad es significativamente más elevada en estas últimas. De hecho, el Estudio referido advierte que, por cada 5 personas con discapacidad en zonas rurales, existen 4 personas con discapacidad en zonas urbanas.⁹

En lo que se refiere a la distribución etaria de las personas con discapacidad, una de cada dos personas con discapacidad tiene

² De acuerdo al Estudio referido, *discapacidad leve* corresponde a "personas que presentan alguna dificultad para llevar a cabo actividades de la vida diaria sin embargo la persona es independiente y no requiere apoyo de terceros y puede superar barreras del entorno"; Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 41.

³ De acuerdo al Estudio referido, *discapacidad moderada* corresponde a "personas que presentan una disminución o imposibilidad importante de su capacidad para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, llegando incluso a requerir apoyo en labores básicas de auto cuidado y supera con dificultades sólo algunas barreras del entorno"; Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 41.

⁴ De acuerdo al Estudio referido, *discapacidad severa* corresponde a "personas que ven gravemente dificultada o imposibilitada la realización de sus actividades cotidianas, requiriendo el apoyo o cuidados de una tercera persona y no logran superar las barreras del entorno"; Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 41.

⁵ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 42.

⁶ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 43.

⁷ Ídem; página 43.

⁸ Ídem; página 44.

⁹ Ídem; id.

entre 30 y 64 años de edad, siendo cuatro veces más común la discapacidad en adultos que en niños.¹⁰

El Estudio también da cuenta de una preocupante relación entre la discapacidad y la condición socioeconómica de la persona respectiva. En efecto, en la población con condiciones socioeconómicas bajas, la discapacidad se presenta con el doble de frecuencia que en la población con condiciones socioeconómicas medias y altas.¹¹ Esta situación se ve todavía más agravada por los costos que suele implicar la discapacidad misma. Así, un 81% de las personas con discapacidad declara que tal característica ha afectado económicamente de alguna forma a su familia.¹² Esta relación debe guiar el diseño e implementación de políticas públicas dirigidas a mejorar las condiciones económicas de las personas con discapacidad, pues, de esa manera, según cálculo del estudio en análisis, “se reduciría el impacto de la discapacidad en un 48% de ellos. A su vez si se mejoran las condiciones socioeconómicas de la población en general se reduciría el tamaño del problema en un 18%”.¹³

Uno de los aspectos más graves de que da cuenta el Estudio, es la persistencia de una cultura discriminatoria a que se ven expuestas las personas con discapacidad en Chile. Del hecho de que 1 de cada 8 chilenos tiene algún tipo de discapacidad, o de que en 1 de cada 3 hogares vive una persona con discapacidad, se podría seguir que se la reconoce y acepta como parte integral de nuestra realidad social. Sin embargo, 1 de cada 8 personas con discapacidad ha sufrido algún tipo de violencia física o verbal.¹⁴ Asimismo, en los apartados que siguen se relatarán los distintos modos en que las personas con discapacidad siguen siendo discriminadas y excluidas de una participación plena en la sociedad.

INTEGRACIÓN SOCIAL

En el Informe Anual anterior se dio cuenta de la necesidad de reformar la ley 19.284, que establece normas para la plena integración de las personas con discapacidad. Dicha necesidad había

¹⁰ Ídem; página 47.

¹¹ Ídem; página 49.

¹² Ídem; id.

¹³ Ídem; id.

¹⁴ Ídem; página 80.

sido ya advertida a nivel legislativo, existiendo en el Congreso un Proyecto Ley para tal efecto. No obstante, a la fecha, dicho Proyecto sigue sin promulgarse.

En reacción a ello, y ante la urgente necesidad de poner fin a la violación de los derechos de las personas con discapacidad, es que los diputados de la Comisión de Discapacidad se declararon en “huelga” –suspendiendo las sesiones de dicha Comisión–, hasta que el Ejecutivo envíe el proyecto que reforma la actual ley sobre la materia y acusaron al gobierno de no tener voluntad de legislar a favor de los discapacitados.¹⁵

Un avance que sí se logró el año 2005, fue la regulación del uso de perros guías, de señal o de servicio por parte de personas con discapacidad. El día 29 de junio se publicó la ley 20.025, que introdujo en la ley 19.284 normas que establecen el derecho de toda persona con discapacidad a ser acompañada permanentemente por un perro de asistencia a todo edificio, construcción, infraestructura o espacio de uso público, de propiedad pública o privada, destinado a un uso que implique la concurrencia de público.¹⁶

Dicho Reglamento tiene por objeto regular el procedimiento para el reconocimiento de perros de asistencia para personas con discapacidades, así como su acreditación, la acreditación de sus usuarios, de sus entrenadores y de los centros de entrenamiento. Este reconocimiento y acreditación permitirá acceder a todos los lugares y medios de transporte públicos o privados mencionados en este Reglamento.

DERECHO A VOTO

A lo largo de los últimos años, hemos venido informando de las dificultades y trabas a las que suelen verse enfrentadas las personas con discapacidad al momento de intentar ejercer su derecho a voto. Si bien se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley que busca regular y garantizar el

¹⁵ “Huelga”; *La Segunda*; 6 de abril de 2005; http://www.ciudadaccesible.cl/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_pa...; página consultada el 10 de octubre de 2005.

¹⁶ Ley N° 20.025; Modifica la ley 19.284, con el objeto de regular el uso de perros guías, de señal o de servicio por parte de personas con discapacidad; publicado el 29 de junio de 2005.

acceso de estas personas a las urnas de votación, el mismo todavía no ha sido aprobado.

De este modo, el 11 de diciembre de 2005 se realizaron las elecciones presidenciales y parlamentarias en Chile, sin que existiese una normativa que asegurase el efectivo ejercicio del derecho a voto de las miles de personas con discapacidad en Chile que se encuentran en edad de votar.

En lugar de ello, el Fondo Nacional para la Discapacidad (Fonadis), habilitó un teléfono destinado a resolver problemas de infraestructura en los locales de votación, y se les instruyó a los vocales de mesa que debían facilitar el voto a las personas con discapacidad.¹⁷ Además, el Servicio Electoral fue informado previamente de las personas con discapacidad que iban a votar en las respectivas mesas, con el objeto de tomar las medidas necesarias, tales como proporcionar plantillas en braille a las personas no videntes.¹⁸

Cabe advertir, sin embargo, que, si bien el acceso de las personas con discapacidad a las urnas electorales parece tener un balance positivo en esta oportunidad, no ocurre lo mismo tratándose del derecho a votar de manera libre e informada. En efecto, las campañas electorales, tanto presidenciales como parlamentarias, dejan en gran medida fuera a las personas no videntes, como también a aquellas con discapacidad auditiva.

Es por ello que la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, presentó en el mes de noviembre un Requerimiento de Inicio de Procedimiento Administrativo, ante el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), en conformidad al artículo 30 de la ley 19.880 –de Procedimiento Administrativo– para que dicho órgano tomara las medidas correspondientes mediante las facultades que las leyes le otorgan para que los canales de televisión que transmitían los debates presidenciales introdujeran en el debate del 16 de noviembre, el lenguaje de señas, y de esta forma, no se discriminara a las personas que tienen discapacidad auditiva.

¹⁷ Gómez, Uziel; “A discapacitados se les facilitó el sufragio”; *El Mercurio*; 12 de Diciembre de 2005; http://www.ciudadaccesible.cl/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_printable&PAGE_id=45&lay_quiet=1; página consultada el 14 de Diciembre de 2005.

¹⁸ Ídem.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

Uno de los mecanismos fundamentales para lograr la plena integración social de las personas con discapacidad dice relación con el respeto y garantía de su derecho a la educación. Hoy en día, este derecho está lejos de ser satisfecho, en cuanto en Chile solamente el 8,5% de las personas con discapacidad están actualmente estudiando, a diferencia del 27,5% de la población total del país.¹⁹ En efecto, actualmente son 100 mil las personas discapacitadas de 0 a 26 años que no reciben ningún tipo de cuidados y a los que se busca hoy poder integrar en las escuelas.²⁰

Así, por cada persona con discapacidad que estudia, cuatro no lo hacen²¹. Adicionalmente, una de cada dos personas con discapacidad ha completado la enseñanza básica, una de cada ocho ha cursado Enseñanza Media completa y sólo una de cada veinte personas con discapacidad ha logrado acceder a la educación superior.²²

Estas cifras por sí mismas revelan la necesidad de concentrar mayores esfuerzos en aras de lograr garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Si bien es cierto que se han realizado algunos esfuerzos –por ejemplo, más de 20.000 profesores de educación especial y regular, entre los años 1998 y 2005, participaron en actividades de información y perfeccionamiento con el propósito de promover la integración escolar–²³ es evidente que aún queda muchísimo por hacer.

Una de las dificultades que persisten se refiere a la discriminación de las personas con discapacidad al momento de intentar estudiar, que suele manifestarse en la negativa de ingreso a un colegio, o bien en el tratamiento negativo uno vez adentro. Tal es el caso del pequeño Martín Barros, de tan sólo 5 años, quien tiene disfasia. Su padre tuvo que postular a más de 25 colegios en un

¹⁹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 54.

²⁰ Zúñiga, Víctor; "El desafío: atender a 100 mil discapacitados"; *El Mercurio*; 23 de Agosto de 2005; página C8.

²¹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 55.

²² González, Felicia y Araneda, Patricia; Integración de las Personas con Discapacidad en la Educación Superior en Chile, Informe Final; Instituto Interamericano para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, IIESALC, UNESCO; enero 2005; página 19.

²³ González, Felicia y Araneda, Patricia Integración de las Personas con Discapacidad en la Educación Superior en Chile, Informe Final; Ídem; página 15.

mes, recibiendo una negativa tras otra.²⁴ Solamente una vez que llevó su caso a la prensa logró que aceptasen a su hijo en un colegio.

Es necesario acabar con la discriminación a las personas con discapacidad, reconociendo su capacidad y derecho a estudiar. Además, se requiere que se flexibilicen y adapten los currículos escolares, a todo nivel, para tomar en consideración las necesidades particulares de las personas con discapacidad; que se destinen recursos humanos adicionales con una capacitación especializada para responder a las necesidades de los estudiantes con discapacidad; y que se desarrollen y promuevan los recursos materiales que faciliten la autonomía en el proceso de aprendizaje de los estudiantes.

Es menester, también, que se adopten medidas concretas para lograr una mayor inserción de personas con discapacidad a la educación superior, en tanto que ello juega un papel importante en sus oportunidades futuras de inserción laboral. Actualmente, nada más que el 5,7% de personas con discapacidad ha tenido acceso a la Universidad o a algún Instituto de Formación Profesional, mientras que menos de un 1% ha estudiado en un Centro de Formación Técnica.²⁵

Lo anterior puede deberse, en importante medida, al hecho de que si bien se contempla la posibilidad de que personas con discapacidad pueden rendir la PSU (la prueba nacional que se rinde para poder optar al ingreso a la Universidad), el Servicio Médico de la Universidad de Chile (SEMDA) tiene también la facultad de declarar que el postulante no puede rendirla. En tal caso, el postulante solamente tendrá la posibilidad de ingresar a la Universidad por medio de los sistemas de ingreso especial que éstas pueden o no tener. Ello está lejos de constituir una solución, pues, de las aproximadamente 50 universidades que existen en el país, solamente 8 de ellas tienen mecanismos de ingreso para personas con discapacidad.²⁶

Así, es necesario considerar las necesidades especiales que pueden tener las personas con discapacidad para poder postular a

²⁴ Rodríguez, Carmen y González, Cristián; Educación: La lucha de un padre reaviva la controversia sobre integración; *El Mercurio*; jueves, 5 de mayo de 2005; página A10.

²⁵ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 54.

²⁶ González, Felicia y Araneda, Patricia Integración de las Personas con Discapacidad en la Educación Superior en Chile, Informe Final; Ídem; página 48.

algún centro de educación superior en condiciones equitativas. Además de ello, se deben tomar medidas concretas para facilitar la permanencia de las personas con discapacidad a lo largo de la carrera. Estas medidas deben formar parte de la política o garantías institucionales, pues, de otro modo, seguirá dándose que el ingreso y permanencia de las personas con discapacidad es visto como fruto de la “buena voluntad” de las casas de estudio, en lugar del ejercicio del legítimo derecho a la educación de los estudiantes en cuestión.²⁷

Un importante avance respecto al derecho a la educación de las personas con discapacidad ha sido la adopción, por parte del Ministerio de Educación, de la Política Nacional de Educación Especial 2006-2010, en agosto de 2005. El objetivo general de esta Política es “[h]acer efectivo el derecho a la educación, a la igualdad de oportunidades, a la participación y a la no discriminación de las personas que presentan necesidades educativas especiales, garantizando su pleno acceso, integración y progreso en el sistema educativo”.²⁸

Si bien la política es de implementación progresiva, durante 2005 se inició la implementación de varias medidas: el envío de un Proyecto de Ley, con el objeto de aumentar las subvenciones de los alumnos ciegos, sordos, con disfasia severa, autismo y discapacidades múltiples que se educan en las escuelas especiales; el otorgamiento de la Beca Juan Gómez Millas a los alumnos ciegos que estudian en universidades acreditadas; la creación de un Consejo Consultivo, que funciona semestralmente, integrado por representantes de los padres, del Colegio de Profesores, académicos y sostenedores, con el objeto de que realicen un seguimiento de estas políticas y el cumplimiento de las acciones establecidas; el encargo de estudios por parte de las Unidades de Currículum y Evaluación y de Educación Especial, generar propuestas en relación a la formación laboral de jóvenes con discapacidad, adaptación del programa de estudio del sector lenguaje y comunicación para alumnos con discapacidad intelectual,

²⁷ Ahumada, María Jesús; Educación Superior y Personas con Discapacidad; Programa Jurídico sobre Discapacidad, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, página 3.

²⁸ Ministerio de Educación; Gobierno de Chile; División de Educación General, Unidad de Educación Especial; “Política Nacional de Educación Especial”; Programa Nacional de Educación Especial; Nuestro Compromiso con la Diversidad; Serie Bicentenario 2005; Santiago, agosto de 2005.

y criterios y orientaciones para adaptar el currículo de la educación básica para los alumnos que presentan necesidades educativas especiales; la contratación de profesionales no docentes para fortalecer los equipos multiprofesionales del Ministerio de Educación; y la realización de un nuevo estudio sobre la calidad de la integración escolar.²⁹

Esta nueva política, sin embargo, no ha estado exenta de críticas, llegando a decirse que ella sería “una simple declaración de buenas intenciones, lo que expresa en su texto se lleva haciendo 16 años, y carente de una evaluación consciente de los resultados obtenidos, por lo tanto esto es más de lo mismo, buscando tirar una cortina de humo sobre los reales problemas existentes en educación”.³⁰

DERECHO AL TRABAJO

Uno de los mayores desafíos a que se ven enfrentadas las personas con discapacidad se refiere a lograr ejercer su derecho al trabajo, dificultad que se debe en no poca medida a la cultura de discriminación prevaleciente, conforme a la cual las personas con discapacidad son vistas como no aptas para trabajar en forma remunerada.

Es así como una investigación realizada por la organización Acción RSE da cuenta de que como argumentos para no contratar a personas con discapacidad, se suele invocar que el entorno de trabajo en la empresa resulta muy peligroso para ellas, que estas personas faltan mucho al trabajo por enfermedad, o que los demás empleados de la empresa pueden tener problemas de comunicación con las personas discapacitadas.³¹

Tal es el caso de Laura Durán Díaz, secretaria y mujer discapacitada, que no ha logrado encontrar un trabajo remunerado, pues, según manifiesta, “[l]as Empresas no contratan gente con

²⁹ Ministerio de Educación; Gobierno de Chile; División de Educación General, Unidad de Educación Especial; “Política Nacional de Educación Especial”; Ídem; páginas 64 y 65.

³⁰ Red Metropolitana de la Discapacidad Visual; “Rechazo a la política de Educación Especial”; http://www.redvision.cl/rechazo_politica_educ_especial.htm; página consultada el 21 de octubre de 2005.

³¹ “Integración laboral: Emplear discapacitados es un plus”; *El Mercurio*; 8 de septiembre de 2005.

discapacidad, porque piensan que no desarrollaremos el trabajo como corresponde".³²

De este modo, no resulta sorprendente que tan sólo el 29,2% de las personas con discapacidad en Chile mayores de 15 años, realizan trabajo remunerado, versus el 48,1% de personas sin discapacidad.³³ Además, por cada cuatro personas con discapacidad que trabajan remuneradamente, siete personas con discapacidad no lo hacen.³⁴ Esto se traduce en que, del total de personas que realizan trabajo remunerado en Chile, solamente el 8,8% corresponde a personas con discapacidad.³⁵

Por otra parte, a medida que el grado de discapacidad es mayor, disminuye todavía más el grado de inserción laboral. En efecto, si bien una de cada tres personas con discapacidad leve realiza trabajo remunerado, solamente una de cada cuatro personas con discapacidad moderada lo hace, mientras que, en el caso de la discapacidad severa, la tasa disminuye a una de cada ocho personas.³⁶

Estas cifras revelan la urgencia de adoptar medidas concretas que tiendan a mejorar las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad. Al hacerlo, de acuerdo a estimaciones realizadas por el Fondo Nacional para la Discapacidad (Fonadis), junto al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), se podrá reducir el impacto de la discapacidad en un 39%.³⁷

DERECHO A TRANSITAR Y A DESPLAZARSE

En los dos Informes Anuales anteriores se ha advertido que el 31 de diciembre de 2003 venció el plazo legal –fecha que es una prórroga de un año del plazo original– para que se habilitaran accesos para discapacitados en los edificios de uso público y colectivo. No obstante, dos años después esta norma sigue siendo violada por múltiples organismos y lugares de uso público.

³² Durán Díaz, Laura; citada en "Personas con Discapacidad de la Tercera Región buscan Espacios en el Mundo Laboral"; <http://www.fonadis.cl/indiax.php?seccion=18&articulo=889>; página consultada el 23 de mayo de 2005.

³³ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 50.

³⁴ Integración laboral de personas con discapacidad, Guía Práctica para Empresas, Acción RSE, Septiembre 2005, página 11.

³⁵ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 51.

³⁶ Íd.

³⁷ Íd.

Ello no es menor, especialmente si se tiene en consideración que una de cada tres personas con discapacidad tiene problemas para desplazarse en la calle debido a obstáculos físicos del entorno.³⁸ A su vez, tan sólo el 30% de estas personas declara recibir ayuda en la calle o en la locomoción colectiva. La gran mayoría, sin embargo, no la recibe.³⁹ El 7,5% de personas con discapacidad simplemente no sale a la calle.⁴⁰

A pesar de esta dramática realidad, el 70% de los edificios catastrados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, no tiene los accesos exigidos por ley.⁴¹ A ello se suma el hecho de que varios de los edificios que sí han instalado rampas lo han hecho de tal modo que resultan imposibles o peligrosas de usar para las personas con discapacidad, en razón de su grado de inclinación.⁴²

No sólo se trata de que los edificios existentes previos a la norma no se han adaptado a ella, sino que, adicionalmente, se siguen construyendo espacios sin acceso para personas con discapacidad. Ejemplo de ello es la infraestructura vial que se está construyendo en la V Región, la que no cuenta con los debidos accesos para discapacitados. Si bien la mayoría de las paradas del Metro Regional sí tendrán rampas y ascensores, según corresponda, para el acceso de personas con discapacidad, ello fue omitido en una de las paradas, sin que existan planes para salvar dicha omisión.⁴³

Tratándose del acceso a los medios de transporte público, los avances han sido algo mejores. Si bien todavía falta que se alcance un acceso a muchas estaciones del Metro de Santiago, ha habido avances al respecto; es así, por ejemplo, cómo en 2005 final-

³⁸ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 78.

³⁹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 79.

⁴⁰ Íd.

⁴¹ Danilla, Victoria; Discriminación: Persisten problemas de acceso para discapacitados; *El Mercurio*; miércoles, 30 de marzo de 2005; página C2.

⁴² Danilla, Victoria; Discriminación: Persisten problemas de acceso para discapacitados; Ídem; página C2. *En el mismo sentido*, "Discapacitado pide que cumplan con la ley"; *La Estrella de Iquique*; martes, 4 de enero de 2005; http://www.ciudadaccesible.cl/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_pa...; página consultada el 10 de octubre de 2005. *Ver también* Ramos, Carlos; "Discapacitados en el olvido"; *El Mercurio* de Valparaíso; Miércoles, 23 de febrero de 2005; página consultada el 10 de octubre de 2005.

⁴³ Valencia, Carlos; "Minusválidos sin acceso"; *El Mercurio* de Valparaíso; Sábado 8 de enero de 2005; http://www.ciudadaccesible.cl/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_pa...; página consultada el 10 de octubre de 2005.

mente se construyeron accesos para personas con discapacidad a la Estación de Metro Ecuador, desde la cual se accede al Centro de la Teletón.

En lo que dice relación al acceso a los buses, el 22 de octubre de 2005 comenzó a operar la fase de transición del nuevo sistema de transporte público, llamado Transantiago. Dicha iniciativa busca, entre otras cuestiones, integrar a todos los sectores de la sociedad, generando medidas que faciliten la integración de personas con discapacidad o movilidad reducida.⁴⁴ En concordancia con ello, contempla una serie de medidas que buscan asegurar el acceso de las personas con discapacidad a este medio de transporte, entre los que cabe mencionar: capacitación a conductores para contribuir a un trato adecuado y una conducción segura; buses de piso bajo con rampas de acceso; espacio para sillas de ruedas en los buses de las vías troncales; señalización en pasamanos para personas ciegas; impedimento de circular con puertas abiertas; timbre con luz y sonido; sistemas de supervisión y fiscalización de la calidad del servicio; y paraderos accesibles.⁴⁵

Si bien estas medidas constituyen un importante avance respecto a la situación actual, aún estamos lejos de alcanzar un acceso universal al transporte público. Ejemplo de ello es el hecho de que el Transantiago únicamente contará con espacio para sillas de ruedas en los buses de las vías troncales, mas no en todas las vías.

Por otra parte, en lo que dice relación con el acceso de las personas con discapacidad al transporte aéreo, cabe recordar que en el Informe Anual anterior relatamos el avance que se había generado a este respecto, al aprobarse las enmiendas al Reglamento de Operación de Aeronaves. Mediante estas modificaciones, se esperaba que cesaran las trabas e impedimentos que hasta la fecha existían para que las personas con discapacidad accediesen al transporte aéreo. La práctica, sin embargo, ha mostrado que ello no ha ocurrido. Ejemplo paradigmático de ello es el caso de Héctor Patricio Cancino Canales, Jefe de la Oficina de Discapacidad de la Municipalidad de Lo Espejo, quien es tetrapléjico,

⁴⁴ "Discapacitados"; <http://www.transantiago.cl/web2005/cont33.htm>; página consultada el 16 de octubre de 2005.

⁴⁵ "Medidas para Discapacitados"; <http://www.transantiago.cl/web2005/cont35.htm>; página consultada el 16 de octubre de 2005.

que, al momento de disponerse a abordar un avión de Iberia para asistir a un congreso internacional contra la discriminación a discapacitados, fue impedido de hacerlo por estar viajando solo.⁴⁶ Ello no obstante haber cumplido con los informes médicos y medidas especiales, tales como la toma de medicamentos, que la misma aerolínea le había solicitado con anterioridad al abordaje.⁴⁷ Ante ello, Cancino interpuso, con fecha 19 de julio de 2005, una acción de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual fue declarada inadmisibile por manifiesta falta de fundamentos.⁴⁸

El hecho de que la Corte de Apelaciones de Santiago se haya desentendido de conocer esta materia resulta especialmente preocupante si se tiene presente que el caso de Héctor Cancino está lejos de ser un caso aislado. En efecto, menos de un mes después, la aerolínea Iberia volvió a negarse a que abordase el avión otra persona en silla de ruedas, Ricardo Campos, quien es campeón nacional de bochas y tiene parálisis cerebral con displasia espástica.⁴⁹

Un avance que sí se pudo vislumbrar el año 2005 dice relación con la posibilidad que tendrán las personas con discapacidad de acceder a un vehículo propio. Al respecto, se presentó un Proyecto Ley que permitirá a las personas con discapacidad importar vehículos con franquicias aduaneras.⁵⁰ Si bien actualmente la ley permite la importación de vehículos modificados de fábrica para que puedan ser manejados por personas con discapacidad, exige que el vehículo sea utilizado solamente con el fin de acudir a su rehabilitación, instrucción educacional o con fines laborales. El Proyecto Ley actual deroga dicha exigencia, reconociendo, justamente, de que, en el día de hoy, los vehículos han pasado a ser una necesidad en vez de un bien suntuario.

⁴⁶ Droguett, Eugenio; "Línea aérea: Tetrapléjico fue discriminado"; *El Mercurio*; 13 de julio de 2005.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de julio de 2005; en causa Rol 5005/2005.

⁴⁹ "Nueva discriminación"; *Publímetro*; 5 de Agosto de 2005.

⁵⁰ Devoto, Marco; "Más discapacitados podrán tener su propio vehículo"; *El Mercurio*; 7 de junio de 2005.

MUJER Y DISCAPACIDAD

De las personas con discapacidad en Chile, la mayoría son mujeres, alcanzando el 58,2%.⁵¹ En efecto, una de cada siete mujeres tiene alguna discapacidad, proporción que en el caso de los hombres es de uno de cada nueve.⁵² Al respecto, el Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile advierte que:

“Dado que la diferencia de tasas de prevalencia de discapacidad entre hombres y mujeres es estadísticamente significativa, es de considerar que nuestro país sea más incluyente con los varones con discapacidad que con las mujeres con discapacidad y ofrezcan por tanto, más oportunidades a los hombres que a las mujeres. En términos de promover las oportunidades de inclusión, los esfuerzos deben concentrarse mayormente en las mujeres con discapacidad”.⁵³

A ello resulta pertinente agregar que las mujeres, además de tener una tasa de prevalencia más elevada en términos de discapacidad, se ven enfrentadas a mayores dificultades y discriminación que los hombres con discapacidad. Efectivamente, las mujeres representan el 62,8% de las personas con discapacidad que manifestaron tener dificultades en la participación, y 62,3% de las que expresaron tener dificultades para desplazarse.⁵⁴

En lo que dice relación con el derecho a la educación y al trabajo, las mujeres también están expuestas a una mayor exclusión. Así, sólo un 47% de las mujeres con discapacidad estudian, comparado con un 53% de los hombres con discapacidad.⁵⁵ Todavía más alarmantes son las cifras respecto al trabajo remunerado, pues más del 60% de la población con discapacidad que realiza trabajo remunerado, son hombres.⁵⁶

A ello se suma lo señalado por la directora del Fondo Nacional para la Discapacidad (Fonadis), Andrea Zondek, quien ha advertido que “[l]a mayoría de estas mujeres en Chile no nació con una discapacidad, sino que la adquirió porque el medio no las

⁵¹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 46.

⁵² Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 46.

⁵³ Íd.

⁵⁴ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 68.

⁵⁵ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; ídem; página 55.

⁵⁶ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 51.

dejó desenvolverse normalmente".⁵⁷ De este modo, para enfrentar la discapacidad de las mujeres, hace falta, además, promover un cambio cultural que tienda a integrar mayormente a las mujeres, reconociendo y valorando sus capacidades y destrezas.

DISCAPACIDAD EN TRIBUNALES

La discapacidad es un tema que hoy no se presenta solamente a nivel legislativo y de políticas públicas, sino que también se encuentra vigente en tribunales.

En efecto, en el Informe del año pasado se relató el caso de Omar Cifuentes, una persona no vidente, quien, con el patrocinio de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, presentó en octubre de 2004 una demanda contra la sociedad Car S. A. Él intentó obtener una tarjeta de crédito de Ripley –siendo Car S. A. la empresa encargada de otorgar los créditos de Ripley–, ante lo cual se le respondió que, por ser no vidente, se le exigirían un conjunto de requisitos adicionales, tales como el concurrir con un apoderado, y estar acompañado por el mismo cada vez que realizase una compra con la tarjeta en cuestión.

Si bien este caso se encuentra aún pendiente de resolución, resulta interesante observar los argumentos esgrimidos por la parte demandada ante la acción. Así, ella ha aducido que las medidas adicionales que se exigen a las personas no videntes para la obtención de la tarjeta de crédito van “en directo beneficio y seguridad del cliente no vidente”⁵⁸ y que han sido implementadas “a fin de evitar eventuales fraudes o estafas con la tarjeta de crédito”⁵⁹. Dichos argumentos, lejos de desacreditar la discriminación, como pretende la demandada, vienen a ser muestra de la misma, pues parten del supuesto –errado, por cierto –, de que las personas no videntes no son capaces de valerse por sí mismas, sino que deben ser “protegidas”, aun cuando ello redunde en el desconocimiento de sus derechos. Es de esperar que los tribunales de justicia, al resolver el asunto, reestablezcan el imperio del

⁵⁷ “El lado femenino de la discapacidad”; 27 de Octubre de 2005; *El Mercurio*.

⁵⁸ CAR S.A., contestación a la demanda; presentada ante el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago; 19 de enero de 2005.

⁵⁹ CAR S.A., contestación a la demanda; presentada ante el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago; 19 de enero de 2005.

derecho y sepan transitar, como ha sucedido a nivel del derecho internacional, desde el proteccionismo al pleno reconocimiento de la autonomía que corresponde, como sujetos de derecho, a las personas con discapacidad.

Lo sucedido a Omar Cifuentes no constituye un caso aislado. Otro caso emblemático es el de Carlos Alexis Cuevas, quien, en junio de 2005, con el patrocinio de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales interpuso una demanda en contra del Banco del Estado de Chile. Carlos Alexis Cuevas es una persona no vidente, quien intentó, en diciembre de 2004, abrir una cuenta corriente en el señalado Banco, ante lo cual se le informó que, por ser no vidente, se le exigían un conjunto de requisitos adicionales a los ordinarios, que se resumen en la exigencia de comparecencia de una persona vidente para ser titular de la cuenta, quien debería suscribir conjuntamente todos los giros.

Tal como en el caso anterior, resulta manifiesta la discriminación arbitraria. Nuevamente, como en el caso antes reseñado, la demandada contestó la demanda alegando que solamente se estaba intentando resguardar los intereses patrimoniales del demandante a través de ciertas precauciones.⁶⁰ A la fecha, este caso se encuentra pendiente de resolución.

DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSIQUIÁTRICA

Entre las enfermedades mentales y del comportamiento más detectadas por el Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile, cabe nombrar la depresión, esquizofrenia, trastorno bipolar, retraso mental, autismo, alcoholismo, neurosis de angustia y pánico, entre otras.⁶¹

Ya se ha señalado que el porcentaje de personas con discapacidad que trabajan remuneradamente es bastante menor al de las personas sin discapacidad. A ello cabe agregar que las personas con deficiencias intelectuales y psiquiátricas presentan un porcentaje todavía menor de trabajo remunerado, correspondiendo a un 12,70% y un 26,66%, respectivamente.⁶²

⁶⁰ Banco del Estado; contestación a la demanda; presentada ante el Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago; 19 de agosto de 2005.

⁶¹ Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 58.

⁶² Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile; Ídem; página 53.

Además, cabe advertir que, si bien el tema de la discapacidad física ha ido incorporándose con mayor visibilidad en la discusión nacional, en lo que dice relación con la discapacidad intelectual y psiquiátrica, ello ha ocurrido en menor grado. Una iniciativa que sí se ha impulsado en el tema es la campaña lanzada por el Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud y el Fondo Nacional para la Discapacidad (Fonadis), la cual busca informar de los programas previsionales, laborales, de salud y de vivienda que existen para estas personas.⁶³

No obstante dicha iniciativa, en materia de discapacidad psíquica e intelectual, es evidente que aún queda mucho camino por avanzar. Una situación que resulta especialmente preocupante dice relación con el fuerte aumento de casos de Síndrome de Down en la ciudad de Rancagua, en que un estudio reveló que la tasa de casos por cada 10 mil niños nacidos vivos supera prácticamente el doble a lo que se había estimado para dicha zona.⁶⁴

La mayor tasa de incidencia del Síndrome de Down en dicho lugar viene siendo advertida desde el año 1991, en que se planteó que debía existir relación entre la mayor incidencia referida, y el uso y efecto de los químicos utilizados en las zonas agrícolas. No deja de ser grave el hecho de que, más de diez años más tarde, el problema siga generándose, sin que, a la fecha, exista claridad en los factores determinantes. Ello es más grave aún si se tiene en consideración que el Gobierno no ha implementado planes ni políticas sociales que aseguren la plena integración social de las personas con Síndrome de Down o que presenten otra discapacidad psíquica o intelectual.

⁶³ "Discapacitados ejercen derechos"; *El Mercurio*; 9 de Noviembre de 2005; página A 9.

⁶⁴ "Estudio revela fuerte aumento de casos de síndrome de Down en Rancagua"; *La Tercera*; 16 de octubre de 2005; página 28.

Derechos Humanos de las Minorías Sexuales

INTRODUCCIÓN

Durante el año 2005, el tema que quizás suscitó mayor interés en cuanto Derechos Humanos de las Minorías Sexuales, fue la discusión que se dio en torno al posible reconocimiento de las uniones civiles para personas homosexuales, lo cual fue debatido incluso en las campañas presidenciales.

Siguiendo la tendencia señalada en el Informe Anual anterior, el colectivo de las minorías sexuales continúa siendo objeto de violencia por parte de grupos intolerantes. No obstante, no sólo este tipo de vulneración a los derechos humanos se pudo constatar a lo largo del año 2005, sino también violencia derivada de la represión policial, basada en prejuicios morales que aparecen escudándose en determinadas disposiciones legales en contraposición a los estándares de derechos humanos.

A continuación, se revisarán los aspectos más relevantes en materia de derechos humanos de las minorías sexuales durante 2005.

UNIÓN CIVIL DE PERSONAS HOMOSEXUALES

El proyecto de ley sobre “fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo”, presentado en julio de 2003 por un grupo de diputados de la Concertación, no ha presentado mayores avances durante este año, ya que aún se encuentra en el primer trámite constitucional a la espera del primer informe de la Comisión de Familia.

Si bien, legislativamente no ha existido avances, el año 2005 estuvo marcado por un fuerte debate en torno al tema, toda vez que éste estuvo presente en las elecciones presidenciales.

Parece necesario, en este punto, recordar lo propuesto por este proyecto, el cual indica entre sus fundamentos que “la propuesta se contextualiza en la realidad sociocultural y jurídica chilena y, por tanto, no persigue el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sólo asegurar un piso de estabilidad emocional y patrimonial básica a los miembros de la pareja, en especial cuando una de las partes fallece. En ningún caso el proyecto afecta los valores de la familia tradicional, toda vez que sus artículos resguardan dicha institución”.¹

El proyecto reconoce en su fundamentación la fuerte discriminación de que son objeto las minorías sexuales en nuestro país y la intolerancia que existe hacia este grupo, señalando que “Chile contiene un fuerte componente homofóbico, el cual es definido como una forma de relaciones desiguales de poder entre grupos o colectivos, cuyas expresiones pueden adquirir las características de opresión, explotación e injusticia hacia aquellas personas identificadas como homosexuales”, agregando que “las predefiniciones respecto a los homosexuales y lesbianas han derivado en una cultura intolerante que ha permitido y/o legitimado diversas violaciones contra los derechos humanos de ese grupo, los cuales se traducen en desamparo o desapego de la familia sanguínea, despidos o expulsiones arbitrarias de los centros de estudio o trabajo, detenciones, golpizas y/o allanamientos policiales”.²

El Proyecto establece también –en su artículo 1º– que “[l]a presente ley protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución... Salvo en los casos expresamente exceptuados, la presente ley no habilita a la pareja ni a sus miembros individualmente considerados a acceder a derechos y beneficios que las leyes civiles contemplan para las personas unidas por vínculo matrimonial, ni faculta para asimilar este régimen con el matrimonio”.

¹ Boletín 3283-18.

² Ídem.

Quizás el avance más importante de este proyecto de ley, se encuentra en el título sexto, referido a los efectos del contrato de unión civil, disponiéndose en el artículo 16 que en caso de fallecimiento de uno de los integrantes de la unión civil, el miembro sobreviviente, deberá ser considerado como asignatario forzoso y legitimario, según las reglas del Código Civil.

Cabe señalar que este proyecto, si bien, reconoce diversos derechos a las parejas homosexuales, descarta toda posibilidad de adoptar hijo/as por parte de ellas.

Como se señaló anteriormente, el proyecto de ley no ha tenido mayores avances durante el año 2005, pero el debate público que se ha generado en torno al tema permite prever que ellos se producirán en el corto plazo.

Por otra parte, se está estudiando la posibilidad de establecer una fórmula alternativa, a través de una Ley que regule tanto las uniones civiles de personas heterosexuales como las de personas homosexuales.

VIOLENCIA Y GRUPOS NEONAZIS

Al igual que en el Informe Anual anterior, en el período que cubre el presente se ha podido constatar la persistencia de la violencia en contra de personas homosexuales por parte de grupos neonazis que existen en nuestro país. Si bien es cierto que en general este tipo de manifestación de violencia es condenada públicamente por los ciudadanos, cabe señalar que es un tipo de violencia que se gesta por un grupo no menor de personas organizadas bajo esta ideología y que está lejos de suprimirse, según se puede observar tanto en reportajes periodísticos como en noticias que se publican a diario en nuestro país.

En octubre de 2005, un alumno del Liceo Guillermo Rivera de Viña del Mar, fue objeto de agresiones y hostigamiento por parte de un grupo de compañeros que integraban un grupo neonazi, llamado "Los Zorros". La dirección del establecimiento desoyó todo tipo de denuncias, es más, señaló que "fuera del Colegio podrían hacer lo que quisieran, que no crearan más problemas al interior"³. Cabe señalar que el menor también fue objeto de amenazas a través de correos electrónicos por parte de los miembros

³ http://www.estrellavalpo.cl/prontus4_noticias/antialone.html?

de grupos neonazis, haciendo la denuncia pertinente ante la Fiscalía local, resolviéndose como medida de protección rondas policiales periódicas en el hogar del niño.

Sin embargo, lo más preocupante es la actitud adoptada por el establecimiento educacional, que por decisión del Consejo de Profesores adoptó la medida de expulsar al menor del Liceo, por los problemas que estaba causando su presencia al interior de éste. Por su parte, el SEREMI de Educación de la Quinta Región, Pablo Mekclenburg, informó de la realización de un sumario interno, para establecer las responsabilidades al interior del Liceo.

Por otra parte, en Illapel se está investigando una denuncia realizada por el Presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), Rolando Jiménez, junto a la Diputada Adriana Muñoz, por la existencia de graffittis realizados por movimientos neonazis de esa ciudad, promoviendo abiertamente la violencia en contra de las personas homosexuales. Al respecto, Rolando Jiménez, señaló que “[c]omo ya tenemos experiencia de otros lugares del país, donde estas amenazas dan inicio a una acción concreta de golpizas, maltratos e incluso muertes, hemos querido hacer esta denuncia con prontitud para eliminar cualquier germen de nacimiento de estos movimientos nocivos para nuestro país, que atentan en contra de nuestro país (...)”.⁴

A su vez, la Diputada Adriana Muñoz indicó que: “los parlamentarios de la UDI en el debate de la ley en contra de la discriminación se opusieron a que instalemos la Ley Orgánica de Educación que implicaba la existencia de mallas curriculares, para que desde la primera infancia, nuestros niños tengan una educación en contra de la discriminación por la tolerancia y el respeto a las diferencias”.⁵

En Copiapó también se han producido agresiones similares por parte de grupos neonazis. En julio de 2005, más de 150 personas protestaron en contra de estos grupos por la violencia ejercida en las llamadas “barridas”, las cuales tienen como objetivo agredir tanto a punks como a minorías sexuales, y en especial a travestis. A raíz de estos hechos, el diputado Antonio Leal, del Partido Por la Democracia, señaló la urgencia de la aprobación

⁴ http://www.diarioeldia.cl/paginas/policial/p03gays_presentan_denuncia_ante_fis.htm

⁵ *Ídem.*

de la ley contra la discriminación que se está tramitando en el congreso, dando como fundamento la existencia de hechos de violencia en contra de homosexuales por parte de neonazis en distintas ciudad de Chile, como Villa Alemana, Quillota, Viña del Mar, Valparaíso, Puente Alto, Temuco y Osorno, entre otras.⁶

Cabe señalar que el proyecto de ley que “Establece medidas contra la discriminación” –ingresado a la Cámara de Diputados en marzo de 2005, y aprobado en este trámite legislativo– considera, por primera vez en la historia legislativa de nuestro país, la categoría de discriminación por orientación sexual, estableciendo sanciones para las asociaciones que incitan al odio y a la hostilidad con fines discriminatorios en contra de personas, grupos o asociaciones en razón de sus ideologías o fundamento.

TUICIÓN DE HIJOS POR PERSONAS HOMOSEXUALES: EL CASO ATALA

En el anterior Informe Anual de Derechos Humanos, se realizó una exposición acabada del caso en que se vio involucrada Karen Atala, una jueza que fue demandada por su ex cónyuge para que se le quitara la tuición de sus hijas por ser lesbiana. La Corte Suprema, conociendo un recurso de queja, revocó la decisión de los tribunales inferiores que le concedían la tuición a la madre, entregando la tuición al padre de las niñas, teniendo en consideración como elemento central la orientación sexual de la madre.

Este caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante una denuncia formulada ante este organismo a fines de 2004. En 2005, la Corte Suprema emitió un Informe a petición del Ministerio de Relaciones Exteriores, para ser enviado a la Comisión. En su informe, la Corte Suprema señala que no existió discriminación por razones de género o sexuales y que el fallo de dicho tribunal sólo tendió “a proteger a las menores de un ambiente que le pareció que no era el adecuado para su formación moral”⁷

En su respuesta a la denuncia interpuesta ante la Comisión Interamericana, el Estado se limita a informar cuáles fueron los

⁶ Publimetro, 21 de septiembre de 2005, página 3.

⁷ http://www.elmostrador.cl/modulo/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia

criterios que tuvo la Corte Suprema para quitarle la tuición de sus hijos a Karen Atala, señalando que para la dictación del fallo se tuvo en consideración los derechos de la madre y los derechos de las niñas, haciendo prevalecer estos últimos y sin que se entrara a discriminar en razón de la opción sexual de la madre.

Claramente en este informe se demuestra la negación que hace la Corte Suprema a la discriminación que a todas luces sufrió la madre de las niñas en la dictación del fallo, por declararse lesbiana y querer convivir con su pareja, entrando la Corte a calificar la moralidad de estos actos, cuestión que no está dentro de las competencias que tiene este poder del Estado, sobre todo, y como se comentó en el Informe anterior, a través de un recurso de queja, que no es el medio idóneo para haber llegado a este fallo.

El caso todavía se encuentra en la fase de admisibilidad en la Comisión Interamericana.

USO DEL ARTICULO 373 DEL CÓDIGO PENAL SOBRE ATENTADOS CONTRA LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES

El artículo 373 del Código Penal establece como delito la conducta que ofenda a la moral y a las buenas costumbres. Esto, en la práctica, se ha traducido en un amplio margen de discrecionalidad para los funcionarios policiales, que suele llevar a conductas discriminatorias contra personas de orientaciones sexuales minoritarias. Esta figura penal se encuentra vigente desde 1874.

El dirigente del Movimiento Unificado de Minorías Sexuales (MUMS), Fernando Muñoz, señala que la interpretación que le dan las fuerzas de orden a la ley es la que complica a las personas, sean heterosexuales u homosexuales. Según indica, “la mano se carga hacia las diferencias, la mayoría de los casos no se denuncian. Las personas ven que no existe la posibilidad de reclamar... a mí me pueden resultar ofensivas otras cosas, pero no están definidas en este artículo, que termina siendo discriminatorio y arbitrario”.⁸

En agosto de 2005, dos adolescentes mujeres que se encontraban en el Cerro Santa Lucía, fueron expulsadas por los guardias de ese recinto por haberse dado un beso en la boca en públi-

⁸ Ídem.

co, señalando que no podían estar en ese lugar por estar atentando contra las buenas costumbres. Este hecho fue puesto en conocimiento del MOVILH, desde donde se comunicaron con la jefa de turismo de la Municipalidad de Santiago, quien señaló que la acción de los guardias municipales fue un descriterio y que se haría saber en la próxima reunión que tuviese con el contratista del servicio.

Otro caso similar sufrieron dos mujeres en el Mall Alto Las Condes de Santiago, quienes fueron interrumpidas por guardias de seguridad del centro comercial y un Carabinero cuando se estaban abrazando, los que les solicitaron que se retiraran del local por el supuesto espectáculo que estaban dando. Aunque no fueron detenidas, las afectadas señalaron que el Carabinero les indicó que estaban ofendiendo el pudor y las buenas costumbres.

El Ministerio de Defensa, a través del Subsecretario de Carabineros, Felipe Harboe, impartió un instructivo para los organismos policiales, de manera que apliquen particular diligencia y rigurosidad en la prevención e investigación de los delitos cometidos contra personas en razón de su orientación sexual o identidad de género, de modo de evitar la violencia en contra de las minorías sexuales.

Lo anterior se ve complementado con las múltiples reuniones que el mencionado Subsecretario sostuvo con representantes de las minorías sexuales, los cuales le hicieron ver los problemas que existían en los controles policiales a los que se ven sometidos por funcionarios policiales.

Cabe tener presente que, de acuerdo a la información disponible del Instituto Nacional de Estadísticas, en 2003 fueron 4.000 las personas detenidas por ofensas al pudor.

El tema resulta preocupante cuando queda sólo al arbitrio policial la catalogación de las conductas de los sujetos como atentados contra la moral y las buenas costumbres, lo cual en Chile suele asimilarse a las conductas homosexuales, resultando en definitiva en una afectación de sus derechos humanos.

Derecho a la Seguridad Social en la Tercera Edad

INTRODUCCIÓN

En términos generales, los sistemas de seguridad social se configuran “para proteger al individuo de los riesgos materiales y de las inseguridades materiales individuales típicas” como los accidentes, las enfermedades, la incapacidad para mantener el trabajo y la necesidad de garantizar un ingreso durante los años de pasividad laboral. En el peor de los casos, el sistema debe responder en la hipótesis de pérdida (muerte) de quien era el sostén del hogar.¹ Se entiende que estas situaciones, denominadas ‘contingencias’, deben recibir respuesta no por caridad, sino por una cuestión de derechos. Que haya personas que ven su etapa inicial de la vida construida, más que por caminos, por trabas que le impiden surgir, genera el deber de la comunidad de idear y mantener sistemas que les permitan a esas personas vivir con dignidad. Hasta donde existe noticia, los tratados internacionales vinculantes para Chile disponen, al unísono, el deber del Estado de asegurar una vida digna para sus ciudadanos.

En las siguientes páginas nos encargaremos de dar cuenta del estado actual de la discusión en Chile relativa al sistema previsional, esto es, al sistema que rige en Chile y que pretende cubrir la ‘contingencia’ de la edad y el término de la vida laboral. Es decir, nos referimos al sistema que debería encargarse de que las personas, avanzadas en edad y habiendo dejado el trabajo

¹ Véase, Pautassi, Laura, *El Derecho a la Seguridad Social. Una Aproximación desde América Latina*, en Abramovich, Añón y Courtis (comps.), *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2003, p. 233.

activo, puedan llevar adelante una vida digna. Se trata del sistema que se encarga de entregar un trato digno y justo a sus ciudadanos que ya han dado todo por el bien de la comunidad y que pasan a descansar y disfrutar de la tercera edad.

Para ello, como suele ser el enfoque de este Informe, utilizaremos los estándares internacionales sobre derechos humanos. Esos estándares nos permitirán analizar, siempre desde esa óptica, la discusión. Como la contingencia que se analiza es el avance de la edad y el cese del trabajo, se prestará especial atención al “estatuto internacional de los derechos humanos de los ancianos”.²

En cuanto a los instrumentos internacionales, cabe tener presente que existe una serie de referencias en varios de ellos a los sistemas de seguridad social.³ El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ señala que:

“[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),⁵ por su parte, dispone en su artículo 9 que:

“los Estados Partes en el presente Pacto [entre ellos Chile] reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Por su parte, el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁶ –que no ha sido ratificado por Chile–, establece referencias específicas a las prestaciones de vejez, señalando que:

² Véase, Martín, Claudia y Rodríguez-Pinzón, Diego, *El Estatuto Internacional de los Derechos Humanos de los Ancianos*, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2004 (pp. 601-639).

³ Para el análisis de estas referencias, véase Courtis, Christian, *El Derecho a la Seguridad Social en el Derecho Internacional*, en Abramovich, Añón y Courtis (cit.), pp. 257-271.

⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁵ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, vigente desde 3 de enero de 1976.

⁶ Véase, Courtis, Christian, *El Derecho a la Seguridad Social en el Derecho Internacional* (cit.), p. 258.

*“[l]a contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita (...). La edad prescrita no podrá exceder los sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país que se trate”.*⁷

Algunos instrumentos de carácter regional también poseen referencias al sistema de seguridad social, en especial a los sistemas previsionales. La Carta de la Organización de los Estados Americanos, en el artículo 45, señala que:

*“los Estados miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos (...) al ‘desarrollo de una política eficiente de seguridad social’ situándolo entre los requisitos para lograr ‘un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz’, que permit[a] al hombre ‘alcanzar la plena realización de sus aspiraciones’”.*⁸

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,⁹ por su parte, dispone en su artículo XVI que:

“[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias (...) de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁰ por su parte, establece que:

“[l]os Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas economi-

⁷ Esta norma podría resultar clave en las discusiones que, veremos, se llevan adelante hoy en día en Chile. Veremos que algunas personas han señalado que una de las reformas que debe introducirse al sistema previsional, es el de aumentar la edad para la jubilación dado que “los chilenos estamos viviendo más”.

⁸ Véase, Courtis, Christian, *El Derecho a la Seguridad Social en el Derecho Internacional* (cit.), p. 262.

⁹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁰ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

cas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (...)”.

El artículo 26 de la Convención lo que hace es reconocer expresamente los derechos sociales que se encuentran consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos,¹¹ la cual, como vimos, dispone la obligación de los Estados de desarrollar una política eficiente en materia de seguridad social.¹² El artículo 26 establece, así, dos clases de obligaciones: una general de ‘no regresividad’, y otra específica relativa a cada uno de los derechos sociales que reconoce la Carta.¹³ Estas obligaciones no son declaraciones de buena voluntad, sino, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité de DESC), “una fuente de obligaciones directas e inmediatas de los Estados”.¹⁴ En este contexto, las obligaciones de los Estados –Chile, entre ellos– no se limitan sólo a no violar los derechos relativos a la seguridad social de las personas, sino que, además, “a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica, y hasta el máximo de los recursos disponibles”.¹⁵

Con todo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido un criterio restringido para conocer de casos en los que se reclame la violación del artículo 26. En particular, en lo referente a los sistemas de pensiones, la Corte sostuvo en el caso *Cinco Pensionistas* que esas posibles violaciones era necesario evaluarlas en general, y no a partir de casos individuales, indicando que:

¹¹ Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

¹² Artículo 45 de la Carta.

¹³ Véase, Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Quito, 2003.

¹⁴ Véase, Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, *La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (cit.), p. 463.

¹⁵ Véase, Dulitzky, Ariel, *Alcances de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos*, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (cit.), p. 93.

*“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.*¹⁶

El Protocolo de San Salvador,¹⁷ que complementa regionalmente al PIDESC, señala en su artículo 9 que:

“[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

El Protocolo, como hemos señalado, no ha sido ratificado por Chile, lo que evidencia que el Estado no ha realizado todas las medidas necesarias para lograr una total efectividad de los derechos humanos.

A diferencia de lo que ocurre con el Protocolo de San Salvador, sí son vinculantes para Chile las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En especial cabe señalar la Observación General número 6,¹⁸ de la cual pueden extraerse varios principios que permitirán cotejar el sistema nacional. Primero, que los “Estados Partes en el Pacto están obligados a prestar especial atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad”.¹⁹ Segundo, que “[l]os métodos que los Estados

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párrafo 147.

¹⁷ Suscrito en el XVIII período ordinario de sesiones de la Asamblea General, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1998.

¹⁸ Véase, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores (13 período de sesiones, 1995), U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

¹⁹ Párrafo 13.

Parte utilizan para cumplir las obligaciones contraídas en virtud del Pacto respecto de las personas de edad serán fundamentalmente los mismos previstos para el cumplimiento de otras obligaciones”.²⁰ Tercero, los Estados Partes deben garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en términos de la observación, que tengan “igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (...) debiendo prestar especial atención a las mujeres de edad avanzada que, por haber dedicado toda, o parte de su vida, a cuidar de la familia, sin haber desarrollado una actividad productiva que las haga acreedoras de percibir una pensión de vejez”.²¹ Y, cuarto, los Estados Partes “deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”. Pero no se trata de cualquier prestación, sino que, interpretada a la luz de las disposiciones del artículo 11 del PIDESC, de prestaciones que permitan asegurar un nivel de vida adecuado.²²

En el caso chileno, la Constitución reconoce a todas las personas:

*“El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.*²³

En seguida, al establecer la acción de protección, y tal como ocurre en general en Chile con los derechos sociales, se excluye

²⁰ Párrafo 18. Esta obligación, por su parte, puede complementarse con Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer período de sesiones, 1989), U.N. Doc. E/1989/22.

²¹ Párrafo 20.

²² Párrafos 30 y 32.

²³ Artículo 19 N° 18 de la Constitución.

de la tutela este derecho. La Constitución establece en su artículo 20° una acción judicial destinada a entregar tutela a las personas que se vean amenazadas, perturbadas o privadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Pese a que los derechos sociales se encuentran reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales, éstos quedan fuera de la posibilidad de ser objeto de esta acción. A lo sumo se protegen los aspectos individuales de esos derechos, como el derecho a escoger en cuál sistema de salud estar afiliado (público o privado) o a no ser discriminado al momento de ser contratado en un trabajo, entre otros.

Ello en caso alguno quiere decir que se trate de meras declaraciones que el Estado irá cumpliendo discrecionalmente. En efecto, se trata de derechos que fijan el marco dentro del cual éste debe moverse, diseñar e implementar políticas públicas. Implementar políticas públicas sin reparar en los estándares de derechos humanos, constituye una violación a la Constitución y a los Tratados Internacionales vinculantes para Chile. En algún sentido así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando señaló, a propósito del entonces Proyecto de Ley sobre Jornada Escolar Completa, que para el Estado existe una obligación de financiar la educación y que la ausencia de acciones judiciales que permitan hacer efectivo (“justiciable”) este derecho no supone que aquél posea absoluta discrecionalidad para eludirlo o satisfacerlo.²⁴

EL SISTEMA EN LA AGENDA PÚBLICA

El sistema previsional chileno no habría recibido tanta atención, en el propio Chile, si no es porque hacia mediados de 2005 –y en especial, en la medida en que se acercaban las elecciones– varias voces comenzaron a realizar serias críticas al sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Casi todas las críticas, con mayor y menor fuerza, según el caso, señalaban la necesidad de una urgente revisión de la forma en que ese sistema se había comportado en sus ya 24 años de existencia.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 410, 14 de junio de 2004, sobre proyecto de ley que modifica Régimen de jornada Escolar Completa (versión en línea en www.tribunalconstitucional.cl) (considerando 23°).

El sistema de capitalización individual, impuesto por el régimen de Pinochet a comienzos de los años 80's, buscaba terminar con las deficiencias del sistema de reparto vigente hasta entonces. En un escenario de crítica y oposición reducidas a la mínima expresión, pocos países han contado con un contexto (como lamentablemente ocurrió en Chile) que les permita realizar reformas radicales a los sistemas de pensiones. El sistema, implementado a comienzos de los 80's, era ambicioso. Como lo señala Larroulet, en un informe del Instituto Libertad y Desarrollo, se trataba de adecuar el sistema a la "relación esencial que –en su concepto– debe existir en cada institución humana entre cotizaciones y beneficios; en otras palabras, entre los derechos y responsabilidades".²⁵

Según el mismo informe, el gran problema del sistema de reparto era que generaba incentivos para evitar la declaración y cotización de las cuotas, lo que "llevó al quiebre del sistema y a un espiral de costos, siendo emplazado el gobierno a realizar aportes crecientes para cumplir con los compromisos contraídos".²⁶ Nada muy distinto a lo que ocurre hoy, en un escenario que nos muestra que, del total de las pensiones que se pagan, la mayoría son cubiertas por el Instituto de Normalización Previsional (encargado de adecuar el traspaso, digamos, del sistema antiguo al nuevo), el Gobierno (en el caso de las pensiones asistenciales y las pensiones mínimas) y sólo una mínima parte por las AFP.

Así, de las metas que se propuso alcanzar el sistema de AFP, esto es, (1) superar la quiebra financiera, (2) asegurar el rol subsidiario del Estado, (3) más empleo y ahorro y (4) lograr un sistema previsional efectivo, sólo (1) se ha logrado y con ganancias que van destinadas a los dueños de las AFP más que los cotizantes. Lo que ocurre es que los cotizantes no pagan todas sus cuotas, poseen empleos inestables y eso hace que dejen de pagar sus obligaciones. Y ese es el problema que no supo prever el sistema de capitalización individual que, individualizando el beneficio previsional, no reparó en aquellos que carecen de empleos estables y buenos sueldos, a pesar de que éstos correspondían aproximadamente a la mitad de los habitantes del país en el año en que

²⁵ Larroulet, Cristián, *La Privatización del Sistema Previsional y sus Beneficios para el Futuro de la Familia*, Instituto Libertad y Desarrollo, Abril, 1996, Santiago, p. 4.

²⁶ *Ibid.*

se ideó el sistema. Hoy por hoy los directivos de las AFP se escudan de las críticas al sistema señalando que éste es bueno y que las deficiencias se deben a la falta de trabajo. Luego, se trata de un problema del Gobierno.

El sistema de reparto poseía una administración ineficiente con escasos excedentes que, además de ser pequeños, eran mal invertidos. En ese sentido, hoy la situación es radicalmente opuesta. Las AFP se han convertido en el negocio más lucrativo del país, ubicado por sobre el sistema financiero. Así, durante el primer trimestre de 2005 las AFP reportaron utilidades por \$28.944 millones de pesos.²⁷ Como veremos, esas utilidades, junto con beneficiar a los dueños de las AFP, van en beneficio de aquéllos cuyas cuentas individuales se encuentran más abultadas, esto es, de los que poseen más recursos y pueden invertir en los fondos de más riesgo y que, por lo mismo, entregan mayor rentabilidad (A, B, C y, en menor medida, D).

En términos generales, el sistema de capitalización individual impuesto por el D.L. 3.500 opera sobre la base de las cuotas que los trabajadores deben imponer mes a mes. Esas cotizaciones, obligatorias para los trabajadores dependientes, pasan a engrosar sus cuentas individuales. Las administradoras de esos fondos (las AFP) se encargan de cuidar de esos fondos, de una parte, y de invertirlos y sacarles provecho económico, de otra. Como se trata de fondos que pertenecen a los afiliados, esto es, de dineros que irán a asegurar la vida futura de las personas una vez alcanzada la edad de retiro, no pueden ser invertidos con total discrecionalidad por las AFP. Poseen, por lo anterior, una serie de requisitos y trabas que les indican cómo y cuánto invertir. A mayor riesgo de la inversión, menor es la cantidad de dineros que se pueden invertir. Asimismo, a mayor riesgo de la inversión, mayores son las posibilidades de ganancias –como de hecho ocurrió durante parte de 2005 con los fondos más riesgosos: los del tipo A y B.²⁸

La cotización es obligatoria para el trabajador, que debe imponer al menos el 10% de su sueldo mensual.²⁹ Las AFP, con esos

²⁷ www.estrategia.cl. Unos US\$55 millones, aproximadamente.

²⁸ Los límites, también, alcanzan a los tipos de instrumentos en los cuales se puede invertir y a las entidades emisoras, entre otros puntos.

²⁹ Decimos al menos, pues fuera de las hipótesis de cotización obligatoria, la base sobre la cual se construye el sistema de AFP, existe la posibilidad de cotizar sumas adicionales a través del Ahorro Previsional Voluntario (APV).

dineros, invertirán y harían rentar los fondos del cotizante, bajo la promesa de que éste no sólo recibirá la cantidad que haya juntado en virtud de la capitalización individual que realizó durante su vida laboral, sino que, además, aquellas sumas que por concepto de rentabilidad pueda adicionarle la AFP a la que se encuentre afiliado. Las diferentes rentabilidades que exhibirían las diferentes AFP que deberían funcionar en el sistema alentarían la competencia, incentivando al empleado para que, información en mano, optara –cuando quisiese– por aquella AFP que mejor rentabilidad extraía de los fondos depositados en ella. Las diferentes comisiones que cada AFP cobraría por administrar esos fondos, también sería un factor a tomar en cuenta por el afiliado, a la hora de decidir si se mantenía en una AFP o si cambiaba a otra.

El sistema no contaba, sin embargo, con las altas comisiones que las AFP cobrarían por asegurar esa rentabilidad, todas en un rango bastante similar. El sistema tampoco contaba con que sólo seis empresas podrían mantenerse en el mercado de las AFP, el cual ha sido criticado de poco competitivo. Ello, sin contar otras deficiencias que el sistema exhibe desde los estándares internacionales de derechos humanos, como la discriminación del sistema hacia las mujeres. Estos aspectos serán analizados más adelante.

Con todo, no puede dejarse de lado el hecho de que el sistema ha traído beneficios para el país. Algunos de esos beneficios pueden cuestionarse, desde luego, pero la propia Asociación de AFP señala que la reforma previsional ha producido efectos sobre el crecimiento económico: ha permitido el desarrollo de los mercados de capitales, aumento en los flujos de ahorro e inversión y ha contribuido al incremento del empleo y su formalización.³⁰

ELECCIONES Y CAMBIO DEL MODELO

Pero la crisis del sistema se ha hecho sentir con fuerza. En efecto, el primero de los debates efectuados en 2005 entre los entonces candidatos a la presidencia de Chile, prestó especial importancia al sistema de seguridad social chileno. Todos coincidieron

³⁰ Véase, *Serie de Estudios*, Asociación de AFP, Número 36 (Septiembre), Santiago, 2003 (los estudios se encuentran disponibles en: www.afp-ag.cl), pp. 1-3.

en que el sistema chileno de pensiones se enfrenta a una crisis que amerita políticas públicas fuertes que vayan orientadas, según la visión de cada uno de los sectores en los que se apoyan, a mejorar el sistema o a modificarlo. Así, por ejemplo, Joaquín Lavín, abandonado de la Unión Demócrata Independiente, señaló que el sistema estaba siendo copiado en otros países –en clara alusión a Estados Unidos– y que ello daba muestras de que se trataba de un buen sistema, pero que requería ajustes para funcionar a nivel óptimo. Sebastián Piñera, entonces candidato de Renovación Nacional, señaló que el sistema proyectaba una crisis a futuro, punto con el que coincidió la candidata de la Concertación de Partidos por la Democracia, Michelle Bachelet.³¹ Más crítico fue el candidato del Pacto Juntos Podemos, Tomás Hirsch, quien señaló que no era preciso esperar al futuro puesto que, hoy mismo (entonces y ahora), era posible advertir las tremendas desigualdades que el sistema de pensiones chilenos era capaz de generar.³²

Consultados por la forma en que deberían resolverse las deficiencias del sistema, cada uno de los candidatos y la candidata propusieron diversas medidas. Joaquín Lavín propuso sólo mejoras que permitirían salvar las deficiencias. Abogó por un sistema de incentivos para que los trabajadores independientes coticen en el sistema y, por lo tanto, que no quede a su sola discrecionalidad el hacerlo.³³ También propuso la creación de pensiones para las dueñas de casa, uno de los puntos sobre los cuales se había pronunciado el Comité de DESC al momento de entregar sus observaciones al informe presentado por Chile.³⁴ El Comité señaló que:

³¹ La candidata señaló que el sistema de pensiones al año 2030 estaría colapsado. Entendemos que se refiere a la imposibilidad fáctica de que todos los cotizantes puedan alcanzar los niveles mínimos de pensiones, lo que obligará al Estado, en su rol meramente asegurador bajo este modelo, a inyectar recursos fiscales que les permitan a esas personas contar con una pensión mínima. Como veremos, no se trata de una cifra muy alta.

³² El candidato de la izquierda indicó, así, que mientras los dueños de las AFP habían contabilizado ganancias por 112 mil millones de pesos durante 2004, las cifras proyectadas indicaban que una parte importante de los chilenos no alcanzaría pensiones mínimas al momento de tener que jubilarse. Las AFP se convierten junto a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) en los negocios con mayores utilidades, por sobre el sector financiero.

³³ Como veremos, mientras los trabajadores dependientes deben elegir la AFP en la cual quieren cotizar al momento de trabajar, los independientes poseen absoluta discrecionalidad para decidir si lo hacen o no.

³⁴ Véase, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

*“(...) se encuentra profundamente preocupado de que el sistema privado de pensiones, basado en contribuciones individuales, no garantice niveles adecuados de seguridad social para un importante segmento de la población que no trabaja en la economía formal (...) notando que hay mujeres que se ven particularmente afectadas por esta situación: ‘dueñas de casa’ y cerca de un 40 por ciento de las mujeres trabajadoras no cotizan en el sistema de seguridad social y, por lo mismo, no son consideradas como beneficiarias de los beneficios para los mayores de edad”.*³⁵

Para lograr esos cambios propuestos solicitó mayor compromiso del Estado que debería actuar como co-cotizante junto al trabajador, lo que debería aumentar la acumulación de recursos de la persona. Hirsch va más allá y llama al empleador a “no hacerse el tonto” y a sumarse a esta cotización compartida. Sebastián Piñera, quien también reclama más participación del Estado, cree que la clave está en el trabajo: más trabajo y mejores salarios deberían traer como consecuencia más y mejores cotizaciones. El candidato de Renovación Nacional coincide, como veremos, con la formula que reclaman los dueños y representantes de las AFP: la crisis del sistema se debe a las deficiencias del sistema laboral y no, en cambio, al sistema propiamente tal.

La candidata de la Concertación –luego elegida Presidenta– cree que el sistema de pensiones chileno no ha cumplido con los supuestos sobre los cuales se construyó. En ese sentido señaló que apenas asumiera el Gobierno enviaría un proyecto de ley en el que sumaría al Estado a la cotización individual, buscando la configuración de un sistema más solidario que el actual. Finalmente, Tomás Hirsch –luego de una dura crítica al enriquecimiento de las AFP– propone la necesidad de reformar el sistema encaminándolo hacia uno más solidario, donde el trabajador pueda administrar sus propios fondos y donde puedan, por lo mismo, reducirse el costo de las comisiones.³⁶

(Chile), Terceros informes periódicos que deben presentar los Estados Partes de conformidad a los artículos 16 y 17 del Pacto, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 10 de julio de 2003.

³⁵ *Consideration of Reports Submitted by States Parties, Under Articles 16 and 17 of the Covenant (Chile 26/11/2004)*, Economic and Social Council, United Nations, 26 November 2004, párrafo 20.

³⁶ La rebaja de comisiones fue un punto en el que también coincidió Sebastián Piñera, quien indicó que de cada 1 peso que un cotizante aportaba al sistema, 20 centavos eran destinados a comisión. Veremos que las altas comisiones son parte de

Todos los candidatos presidenciales coincidieron en un primer punto: en la necesidad de aumentar el monto de las pensiones mínimas y las pensiones asistenciales. Como veremos este es uno de los puntos de quiebre del sistema que, de no incorporar reformas radicales, al año 2020 quebraría o, en el mejor de los casos, traspasaría una deuda extraordinaria al Estado, en tanto garante de las pensiones mínimas.

Pese a que el informe del Banco Mundial estima que una medición real del sistema podrá realizarse solo en 2020,³⁷ las cifras presentes y las proyecciones efectuadas por varios centros de estudios permiten sostener que no será necesario esperar tanto tiempo más para poder afirmar que el sistema está atravesando una fuerte crisis.³⁸

LA CRISIS DEL SISTEMA

En resumen, podemos decir que la crisis del sistema de AFP se debe a los siguientes factores: comisiones extremadamente altas que inciden en los montos acumulados por cada cotizante; escasa cobertura del sistema; bajos niveles de información en el usuario (obligado) del sistema, lo que trae consecuencias en su comportamiento frente a las diversas ofertas –si es que en verdad lo son–; la ausencia de competencia en el sistema y el incumplimiento de las promesas por parte del sistema que, construido sobre la idea de relegar al Estado a un rol meramente subsidiario, ha terminado reclamando más y más intervención de éste.

1. Altas Comisiones

Uno de los aspectos en contra de los cuales los críticos del sistema han dirigido sus dardos, es al cobro de comisiones por par-

las razones por las cuales el sistema se encuentra en crisis y que, en el caso de cotizante medio, la (principal) razón para el empobrecimiento de sus cuentas. Veremos, también, que las comisiones son uno de los puntos contra los cuales dirigen sus ataques quienes abogan por una mayor competencia en el sistema de AFP.

³⁷ Véase, Holzmann, Robert et al., *Old Age Income Support in the 21st Century. An International Perspective on Pension System and Reform*, The World Bank, Washington D.C., 2005, p. 145.

³⁸ Véase, *Proyección de Pensiones en el sistema AFP. Ejercicio de simulación*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones (DEPESEX/BCN/Serie Informes), Año XV, N° 143, Santiago, 2005.

te de las AFP. Como señala Larroulet, uno de los problemas del sistema de reparto es que era ineficiente. Los pocos ingresos que lograba recolectar eran mal invertidos bajo la esperanza de ganancias en el corto plazo. Las AFP venían a significar un cambio radical en el sistema: ellas estarían dotadas del personal suficiente como para recolectar los fondos, analizar los mercados e invertir los fondos. Y la práctica parece indicar que, al menos en cifras macroeconómicas, el sistema ha funcionado de forma perfecta. A fines de 2004, los activos del sistema de capitalización individual llegaban a los 60.799 millones de dólares.³⁹ A julio de 2005, la cifra se elevaba sobre los 66 mil millones de dólares;⁴⁰ sin embargo, para lograr tales cifras se ha debido realizar un importante gasto que afecta, principalmente –si no exclusivamente– al cotizante.

Los gastos de operación de las AFP son elevadísimos, incluyendo los sueldos de los miembros del directorio⁴¹ –855 millones de pesos– y gastos de comercialización –30.542 millones de pesos. Comparados con los demás sistemas de América Latina, las AFP chilenas poseen gastos operativos del orden de los 236 millones de dólares, superados apenas por Argentina (278 millones) y México (600). Si tomamos en cuenta que tanto en Argentina como en México el número de administradoras de fondos de pensiones son 12 y 13 respectivamente (frente a 6 para Chile), así como la tremenda magnitud de sus poblaciones, en especial en el caso mexicano, los costos operativos de las AFP en Chile son extremadamente elevados.⁴²

Los gastos de comercialización del sistema, además, han atravesado por períodos especialmente críticos, como ocurrió entre

³⁹ Véase, Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados: El Caso de las AFP en Chile*, Serie Documentos de Trabajo, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, (Abril), Santiago, 2005, p. 2. A diciembre de 2004, y comparados los regímenes de capitalización individual en América Latina, Chile encabeza la lista de manejo de fondos con un 41% del total de fondos administrados. Ello se explica, en parte importante, porque el sistema nacional lleva 23 años funcionando. Recién Perú lo sigue con una reforma en 1993 y Argentina y Colombia en 1994. Véase, *Boletín Estadístico AIOS, Los Regímenes de Capitalización Individual en América Latina*, Boletín N° 12, diciembre, 2004, p. 12.

⁴⁰ Comunicado de Prensa, SAFF, 10 de agosto de 2005, Santiago.

⁴¹ 17 de cuyos miembros son ex ministros del gobierno de Pinochet. Riesco, Manuel, “Tres exigencias mínimas para la Reforma Previsional”, *El Mostrador*, 20 de octubre de 2005.

⁴² Los gastos de administración de 6 AFP chilenas corresponden a 167 millones, en comparación con los 129 millones que gastan 12 administradoras argentinas. Véase, *Boletín Estadístico AIOS* (cit.), pp. 17 y 19.

los años 1995 y 1997, donde se desató una verdadera 'batalla' por captar afiliados. Para ganar esa 'batalla' las AFP invirtieron millonarias cifras en la contratación de vendedores y en la adquisición (y posterior entrega) de regalos que iban destinados a seducir a los cotizantes con el objeto de lograr el cambio. En 1997, por ejemplo, el 45,3% de los gastos operacionales de las AFP estuvo representado por contratación y remuneración de vendedores que copaban calles y oficinas con ofertas y regalos. Los costos de las AFP aumentaron encareciendo el servicio y afectando directamente al cotizante.⁴³ Mientras el afiliado era castigado con una alza en las comisiones, las AFP sacaban cuentas alegres al lograr los traspasos deseados y, así, rentabilidades mayores. Peor aún, los afiliados no consideraban ni el costo, ni la rentabilidad ni el servicio de la AFP por la que optaban, sino sólo el regalo que recibían.⁴⁴ En efecto era el regalo (televisores, bicicletas y hasta dinero en efectivo), y no otras consideraciones, las que hacían decidir a las personas si cambiaban o no de AFP.

En Estados Unidos, país que comienza a discutir la reforma a su sistema previsional, el *New York Times* –sobre la base del Informe del Banco Mundial– señaló que, en Chile, entre un cuarto y un tercio de las contribuciones ingresadas de los afiliados en el 2000, fueron destinadas a pagar costos administrativos de las AFP.⁴⁵

Producto de esa crisis en el sistema y dados los enormes costos que debieron enfrentar los cotizantes, sin contar los perjuicios que se siguieron en muchos casos de afiliados que se cambiaron de AFP sin tener en cuenta factores relevantes como la rentabilidad y la calidad del servicio, es que se prohibió por medio de una reforma legal la oferta de regalos a cambio del traspaso de una AFP a otra. En mayo de 2005, sin embargo, surgieron nuevas denuncias que muestran que esta práctica, ahora prohibida, se mantiene. La práctica indica que los agentes de venta ofrecen dineros en efectivo a cambio de una afiliación, montos que salen de su propio bolsillo o, en verdad, del bolsillo de algún otro cotizante pues se trata de dineros correspondientes a comisiones.⁴⁶

⁴³ Véase, Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados: El Caso de las AFP en Chile* (cit.), p. 11.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁵ "New York Times hace crudo análisis de las AFP", *La Nación*, 28 de enero de 2005, p. 7.

⁴⁶ "Finanzas personales: Siguen los 'regalos' por cambio de AFP", *El Mercurio*, 31 de mayo de 2005.

Si bien el monto de las comisiones ha bajado desde 1985, el costo que los afiliados deben pagar al sistema por administrar sus dineros sigue siendo demasiado alto.⁴⁷ Cerca del 20% de los fondos que las personas cotizan son destinados a los gastos del sistema, los cuales en períodos críticos de gasto –a mediados de los 90’s– fueron todavía mayores.⁴⁸ El cobro de comisiones excesivamente altas va de la mano con la desinformación del afiliado que, probablemente, no sabrá de estas reducciones en sus fondos sino hasta cuando quiera jubilarse. Resulta evidente que aquellos trabajadores de mayores ingresos ven en las comisiones un pago justo por la administración de sus dineros. Ellos, los mejor situados, ven que sus fondos son administrados e invertidos en los fondos de mayor riesgo (A, B y C) lo que les reporta ganancias en sus cuentas –especialmente en 2005. Para ellos la comisión es un precio justo que deben pagar para obtener esa rentabilidad. Es decir, el sistema muestra, al menos, dos caras: para algunos la comisión no es sino un castigo al poco riesgo que toman al decidir mantener sus dineros –generalmente escasos– en los fondos más conservadores. Puede que se trate de personas que no tienen ganas de invertir. Pero lo cierto es que en su gran mayoría no cuentan con dineros para hacerlo. Otros, en cambio, miran la comisión como el pago justo que deben realizar por el mayor provecho que las AFP sacan de sus dineros acumulados en los fondos más riesgosos. Éstos últimos son quienes poseen recursos que les permiten invertir y encontrar, en las AFP, una nueva fuente de ingreso.

Con todo, a fines de 2005 las nuevas evaluaciones de los fondos de rentabilidad, mostraron que las cosas no fueron del todo buenas. De hecho, en octubre de 2005 se vivió el peor mes de rentabilidad de los multifondos, en tres años de operaciones.⁴⁹ El fondo de pensiones A, el más rentable del sistema, muestra un retorno anual de 9,4% (siendo la inflación de un 3,7%), cifra tres veces menor a lo obtenido en 2003. La rentabilidad de los fondos B y C, también fueron pobres en comparación con años anterior-

⁴⁷ Véase, Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados: El Caso de las AFP en Chile* (cit.), p. 12.

⁴⁸ Véase, *Logros y Deficiencias del Sistema de Pensiones en Chile: 1981-2005*, Friederich Ebert Stiftung, disponible en: www.fes.cl/links/logrosyfalenciariuztagle.doc (30 de mayo de 2005), p. 4.

⁴⁹ Las rentabilidades, que a principios de 2005 habían sido bastante altas, cayeron a fines de año. Véase, “Fondos de AFP anotan en octubre peor desempeño de los últimos tres años”, *La Tercera*, 2 de noviembre de 2005.

res, mientras que para los fondos D y E, a diciembre de 2005, el diagnóstico es el mismo desde su comienzo: sus rendimientos son los más pobres.⁵⁰

Para las AFP, por su parte, la rentabilidad de los ahorros “es el factor más importante para lograr buenas pensiones para los afiliados al sistema”.⁵¹ Como vimos al comienzo, el sistema de AFP, desde que se ideó en sus comienzos, buscaba concretizar la “relación esencial que debe existir en cada institución humana entre cotizaciones y beneficios; en otras palabras, entre los derechos y responsabilidades”.⁵² Sin embargo, las ideas que el documento de trabajo de la Asociación expresa son bastante distintas. En él se insiste en la necesidad de ampliar las posibilidades de inversión en desmedro de la seguridad de los fondos de cada afiliado. Es cierto que no se trata de una sola respuesta la que se puede entregar en esta materia. Pero así lo plantea la propia Asociación al afirmar que “la autoridad decidió fijar límites a las inversiones, priorizando el factor ‘seguridad’ por sobre las eventuales mayores rentabilidades”.⁵³

Para la Asociación es preciso flexibilizar el mercado de inversiones pues, de otra forma, esto es, tal como están las cosas hoy en día, sólo se “genera costos a los dueños del ahorro los cuales pierden oportunidades de tener una mejor pensión”.⁵⁴ El sistema exige ya no sólo que el trabajador se haga responsable de sus propios ahorros. Ahora también se requiere que las personas inviertan para evitar que sus ahorros sean objeto, únicamente, de costos. Esos costos son fruto de las altas comisiones, más que de la falta de inversión.

Los trabajadores de menos ingresos, la gran mayoría del sistema, en cambio, cotizan en promedio entre 3 y 4 meses al año en el sistema, el resto del tiempo dejan de ingresar fondos y, los pocos que tiene, son afectados por la comisión fija que la AFP cobra por administrar sus dineros. La situación de las mujeres es peor; las cifras indican que el promedio de cotización de las mujeres es de

⁵⁰ Véase, “Fuerte baja en rentabilidad de fondos de AFP”, *El Mercurio* (28 de diciembre de 2005).

⁵¹ Véase, *Serie de Estudios*, Asociación de AFP, Número 45 (Noviembre), Santiago, 2005 (los estudios se encuentran disponibles en: www.afp-ag.cl), pp. 1-4.

⁵² Larroulet, Cristián, *La Privatización del Sistema Previsional y sus Beneficios para el Futuro de la Familia* (cit.).

⁵³ Véase, *Serie de Estudios*, Asociación de AFP, Número 45 (cit.), p. 1.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 5.

3,6 meses, en frente de un 4,2 en el caso de los hombres. Este tipo de situaciones, más las exigencias mayores que se imponen a las mujeres, hace que el sistema discrimine en contra de éstas, en abierta contradicción con los estándares internacionales de derechos humanos. Peor es la situación de las dueñas de casa, una de las áreas a las que más se refirieron los candidatos durante las elecciones y uno de los aspectos que preocupa al Comité de DESC.

Como veremos en el acápite relativo a la información que reciben los afiliados, éstos son insensibles a factores que deberían tener incidencia en la elección de una u otra AFP, como el monto de la comisión y la rentabilidad. Esa insensibilidad, se ha señalado, permite a las AFP cobrar comisiones altas que el propio mercado de las AFP muestra que no son muy diferentes unas de otras.⁵⁵

Dado que los descuentos que sufre el afiliado son altos, el sistema no genera incentivos para quienes se encuentran fuera de él por no estar obligados a cotizar: los trabajadores independientes. Los costos son más altos que en el sistema de reparto y la capitalización es eminentemente individual. Con la entrada en vigor del sistema de AFP se eliminó la contribución patronal o del empleador, lo que hace que el sistema, actualmente, se configure sobre la base de los aportes de los trabajadores y el aporte del Estado.⁵⁶ En este escenario, los dueños de las AFP, por medio del cobro de comisiones y del manejo de los dineros de los afiliados, se ubican dentro de uno de los 'negocios' más rentables en Chile. Los otros son los afiliados de mayores ingresos que, en esa condición, quedan habilitados para realizar inversiones en los fondos de mayor riesgo, pero de mayor rentabilidad.

Junto a las comisiones elevadas que deben pagar los cotizantes, tenemos la contratación de seguros cuyos descuentos también reducen la acumulación de capital en las cuentas individuales. Seguros de invalidez y fallecimiento son contratados forzosamente por los afiliados con compañías que dependen de la AFP en la cual la persona cotiza.⁵⁷

⁵⁵ Repetto, Andrea, "Las Comisiones de las AFP", *La Segunda*, 05 de septiembre de 2005.

⁵⁶ Riesco, Manuel, "Tres exigencias mínimas para la Reforma Previsional" (cit.).

⁵⁷ De acuerdo a las cifras entregadas por Manuel Riesco, durante 2004 las comisiones netas cobradas a los cotizantes fueron 199.857 millones de pesos. El cobro de comisiones destinadas a los seguros de invalidez y sobrevivencia 134.942 millones de pesos. *Ibíd.*

En un escenario tal, uno de los principales críticos del sistema ha sido el investigador del Centro de Estudios Públicos Salvador Valdés. De acuerdo a las ideas de Valdés, el sistema actual de AFP carece de competencia, lo que desincentiva la que sería una de las principales innovaciones del sistema: la preponderancia de la autonomía de la voluntad de la persona que, con un escenario abierto de AFP's, podría elegir aquella que mejor se acomodara a sus intereses (por ejemplo, la que exhibiese mayores tasas de rentabilidad o la que, sin exhibir cifras muy altas, cobrara menores comisiones).⁵⁸ En cuanto a los costos, el investigador del CEP señala "que la industria de las AFP cobra comisiones muy superiores a sus costos económicos, generando una rentabilidad anormalmente alta".

En este sentido, Valdés ha propuesto una de las ideas de mayor eco en el debate actual: la del "marco institucional". De acuerdo a esta idea –que se analizará con más detalles en el punto relativo a la competencia–, debe crearse un sistema de búsqueda que sea capaz de identificar un número importante de afiliados que son agrupados y colocados –o asignados– en la AFP que muestre la menor comisión. Se trata de bloques que pueden ser bastante grandes, lo que debería incentivar la competencia entre las AFP con un efecto directo en la disminución de los costos de las comisiones que actualmente se cobran.

Algunas medidas se han implementado con el objeto de disminuir las comisiones del sistema. Así, la Ley de Rentas Vitalicias⁵⁹ estableció un tope para la comisión que los corredores de seguro pueden cobrar por el cálculo y trámite de una renta vitalicia. El tope, establecido en 2,5% del fondo de pensiones del sistema, no siempre estuvo así: alcanzó, algunas veces, el 6% del fondo del pensionado.⁶⁰ Actualmente, si una persona se va a pensionar, basta que haga las consultas en el Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión (Scomp). El sistema calcula la renta probable, incorporando un promedio de 2,5% de comisión. Como ésta puede ser menor –se trata del tope–, en ese caso no se cobra.

⁵⁸ Estas críticas se verán con mayor detalle en el acápite sobre competencia del sistema.

⁵⁹ Ley 19.934 (D. Of. 21.02.2004).

⁶⁰ "Pensiones: ¿quién da más?", *El Mercurio*, 14 de marzo de 2005.

Sus críticas no han sido bien recibidas por las AFP que, de alguna u otra forma, se las ingenian para hacer sentir su reproche. Así, en el caso del Centro de Estudios Públicos –en el cual Valdés es investigador– su director Arturo Fontaine señala que en la actualidad ninguna AFP aporta a éste, siendo que en años anteriores era común tener a alguna de estas instituciones entre las que aportaban fondos.⁶¹ Pese a las denuncias efectuadas por Arturo Fontaine, sobre las presiones que estarían realizando las AFP por las críticas de Valdés, el propio investigador señala que “no hay evidencia en ese sentido, sino [que] interpretaciones periodísticas. En la actualidad hay AFP que donan al CEP”.⁶² A comienzos de 2006, las críticas a los altos costos del servicio provenían del Gobierno. Así, el ministro de Hacienda, Nicolás Eyzaguirre, señaló que las AFP cobran un servicio demasiado caro, logrando utilidades monopólicas.⁶³

2. La Cobertura del Sistema

A enero de 2005, el sistema de AFP contaba con 7.101.951 afiliados, cifra que mira a las personas que alguna vez han cotizado –al menos una cuota– en alguna AFP.⁶⁴ Incluso existe una cifra bastante alta de personas que solo han cotizado una sola vez: 680.810 personas a diciembre de 2002.⁶⁵

Con todo, durante enero de 2005 sólo cotizaron 3.808.838 personas, esto es, un 53,6% del total de los afiliados. Técnicamente esto marca la distinción entre afiliado y cotizante que, hasta ahora, veníamos utilizando de forma indiferente.⁶⁶ En el marco de la fuerza nacional de trabajo –constituida por un poco más de 6.300.000 personas– los cotizantes representan un 59,9%, lo que en ningún caso asegura que todos ellos vayan a recibir su pensión. La regla general indica, como hemos señalado, que los hom-

⁶¹ “Matte resucita tensión entre las AFP y el CEP en encuentro con Lavín”, *La Tercera*, 06 de junio de 2005.

⁶² En entrevista privada con Salvador Valdés, vía e-mail (06 de enero de 2006).

⁶³ “Dura acusación de Eyzaguirre a AFP”, *La Nación*, 10 de enero de 2006.

⁶⁴ Véase, *Logros y Deficiencias del Sistema de Pensiones en Chile: 1981-2005*, (cit.), p. 2.

⁶⁵ Véase, *Chile: Bases para una reforma al sistema de pensiones*, Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (enero), Santiago, 2004, p. 14.

⁶⁶ Y se venían utilizando en forma indiferente estos términos, pues las críticas son estructurales del sistema y no dependen de una u otra calidad. Por lo mismo estos términos serán utilizados indistintamente en lo que sigue de este capítulo, salvo cuando sea imprescindible hacer la diferencia.

bres cotizan un promedio de 4.2 meses al año, por sobre el promedio de las mujeres (3.6). La cobertura es baja y el funcionamiento anormal del sistema, la regla general.

La principal diferencia en cuanto los niveles de cobertura, viene marcada por la distinción empleado dependiente/empleado independiente. Mientras para los primeros el ingreso al sistema previsional es obligatorio, para los segundos es voluntario. Los trabajadores dependientes, desde que son contratados, desencadenan una serie de obligaciones que terminan con su empleador reteniendo y enterando el monto que, por ley, debe descontarse de nuestros sueldos. Los trabajadores independientes no encuentran incentivos para ingresar al sistema previsional y, como se indicó más arriba, varias de las propuestas de los candidatos y la candidata al sillón presidencial estuvieron enfocadas a lograr que esta masa de trabajadores ingresara al sistema que les permita vivir su vejez con tranquilidad. A 1999, el sistema de AFP contaba sólo con 63.000 cotizantes independientes, lo que equivale a un 4.1% del total de esos trabajadores.⁶⁷ El informe de la CEPAL señala que una de las razones por las cuales este núcleo de trabajadores no cotiza en el sistema es por la existencia de alternativas gratuitas como las pensiones asistenciales;⁶⁸ sin embargo parece inverosímil sostener que sea esa la razón para no cotizar ordenadamente. Más bien parece que los trabajadores independientes asumen que los beneficios de ingresar sus dineros a las AFP no deben ser muy distintos de los que se siguen de mantener sus dineros en cuentas de ahorro u otros sistemas similares.

Como señalamos antes, este punto fue uno de los elementos que preocupó al Comité de DESC, el cual, conociendo del Informe del Estado chileno⁶⁹ señaló que:

“[el] Comité se encuentra profundamente preocupado de que el sistema privado de pensiones, basado en contribuciones individuales, no garantice niveles adecuados de seguridad social para un importante segmento de la población que no trabaja en la economía formal

⁶⁷ Arenas de Mesa, Alberto, *Cobertura Previsional en Chile: Lecciones y desafíos del sistema de pensiones administrado por el sector privado*, Serie Financiamiento del Desarrollo, N° 105, Unidad de Estudios Especiales, CEPAL-ECLAC, Santiago, 2000, p. 28.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁹ Véase, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Chile)* (cit.).

*o que está incapacitado para contribuir lo que el sistema requiere, tal como el importante grupo de trabajadores y trabajadoras temporeras”.*⁷⁰

De acuerdo a las cifras disponibles hasta 1999, el porcentaje de personas afiliadas superaba la fuerza de trabajo. Es decir, había más afiliados a las AFP que personas en condiciones de integrar la fuerza laboral activa del país. Desde luego, si el acento se coloca en las personas cuya situación es regular en el sistema, esto es, personas que no sólo están afiliadas, sino que, además, cotizan, se aprecia que la relación cambia. La cobertura efectiva, es decir, la relación entre cotizantes y fuerza de trabajo, a 1999, era de un 55%.⁷¹

Lo anterior no quiere decir que un poco más de la mitad de los afiliados logrará vivir su vejez con una pensión digna. En seguida veremos que muchos de quienes cotizan en las AFP, es decir, muchos de los que se ubican dentro del grupo de personas con cobertura efectiva, no lograrán sumar fondos suficientes ni siquiera para optar a la garantía estatal.⁷²

Hacia fines de 2005, un estudio del Instituto Libertad y Desarrollo indicó que las cosas para el sistema no mejorarán. Y no mejorarán en las perspectivas de la observación efectuada por el Comité de DESC. Ello no se debe necesariamente a que las cifras de desempleo se mantengan elevadas –de hecho, el trimestre septiembre/noviembre anotó una baja en las cifras de desempleo⁷³– sino porque las cifras de empleo informal han aumentado. De acuerdo al estudio, de los encuestados un 51% afirmó tener un empleo informal, por sobre el 49% que registra el empleo formal.⁷⁴ Las cifras muestran que ha habido cambios en esta percep-

⁷⁰ *Consideration of Reports Submitted by States Parties, Under Articles 16 and 17 of the Covenant* (cit.).

⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

⁷² En parte, porque no lograrán enterar los 20 años de cotizaciones que el sistema exige.

⁷³ En efecto, para el trimestre septiembre-noviembre la cifra de desempleo fue de un 7,6%, algo menor en comparación al 8,1% de agosto-agosto. Las cifras muestran y confirman, con todo, lo que hemos venido señalando en informes anteriores: la tasa de desempleo para mujeres alcanza el 9,9%, mientras en los hombres ésta disminuye al 6,6%. Los antecedentes en: http://www.ine.cl/ine/canales/chile_estadistico/home.php# (29 de diciembre de 2005).

⁷⁴ Las cifras del estudio, en Flores, Tomás, *Encuesta de Percepción del Desempleo*, Instituto Libertad y Desarrollo, 28 de diciembre de 2005, versión en línea en: http://www.lyd.cl/noticias/conferencia_desempleo.ppt (29 de diciembre de 2005).

ción: en marzo de 2004, la encuesta de percepción indicaba que un 77% de los encuestados poseía un trabajo formal, mientras solo un 23% informal. En marzo las cifras eran 62% y 27% respectivamente, hasta las cifras de diciembre.

En cuanto a la relación hombres/mujeres, hemos visto que la Observación General número 6, del Comité de DESC señala que los Estados Parte deben garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, esto es, en términos de la observación, que tengan “igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (...) debiendo prestar especial atención a las mujeres de edad avanzada que, por haber dedicado toda, o parte de su vida, a cuidar de la familia, sin haber desarrollado una actividad productiva que las haga acreedoras a percibir una pensión de vejez”. En Chile la participación de la mujer ha crecido de un 20% en 1950 a 36,5% en 1999. Como contrapartida, la mujer posee más participación en el sistema previsional. Las mujeres afiliadas al sistema de pensiones han aumentado de 25% en 1981 a 42% en 1999 y un 44% en 2004.⁷⁵ La cobertura efectiva, esto es, el porcentaje de mujeres que efectivamente cotiza en el sistema, también se ha incrementado de un 37% en 1981 a 48% en 1999.⁷⁶ En porcentajes, a 1999 del total de cotizantes del sistema de pensiones, un 36.1% corresponde a mujeres y un 63.9% a hombres,⁷⁷ lo que podría ser reflejo de las fuerzas laborales en el mercado chileno que de por sí es discriminatorio.⁷⁸ De acuerdo a Fernanda Villegas, del Servicio Nacional de la Mujer, “[m]ás de dos tercios de las mujeres afiliadas al sistema, que suman una cantidad de dos millones de mujeres, no van a lograr la meta de la garantía estatal”.⁷⁹

Pero ocurre que el sistema no sólo cubre más a los hombres que a las mujeres. Además, hace las cosas más difíciles para éstas. De acuerdo a un Informe de la CEPAL –y como hemos venido señalando– (a) el sistema de AFP posee un sistema de comisiones fijas cuyos principales afectados son los trabajadores de menores ingresos. En ese sector, dada la discriminación del sistema laboral chileno, las mujeres están sobrerrepresentadas. Además, (b) el establecimiento de un mínimo de cotizaciones para

⁷⁵ Véase, *Boletín Estadístico AIOS*, (cit.), p. 4.

⁷⁶ Arenas de Mesa, Alberto, *Cobertura Previsional en Chile* (cit.), p. 24.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁸ Véase, entre otros, *Informe Anual 2005*, pp. 446-447 y 449.

⁷⁹ “AFPs ¿El cuento del tío?”, *La Nación*, 11 de mayo de 2005, p. 12”.

optar a la garantía estatal (240 cotizaciones) que, al no distinguir entre hombres y mujeres, deja peor a éstas últimas que por razones de maternidad, educación de los hijos y, en general por el rol que les asigna la sociedad chilena, participan de forma mucho más intermitente en el mercado laboral. Todo ello acarrea impacto en su previsión.⁸⁰ Estos factores hacen que –dadas las condiciones actuales del sistema– más de un 65% de las mujeres afiliadas al sistema sólo vayan a lograr la pensión mínima garantizada por el Estado.⁸¹

Este punto también fue notado por el Comité de DESC, el que señaló, sobre el Informe de Chile:

*“que está preocupado por el hecho de que las mujeres trabajadoras reciben porcentajes mucho menores de pensiones que las que reciben los hombres en sus años de retiro, como consecuencia de su retiro cinco años antes”.*⁸²

De acuerdo al marco de normas del sistema internacional de derechos humanos, el acceso a los sistemas de previsión debe estar garantizado a todos por igual, cosa que en el caso de Chile claramente no ocurre. De las reformas introducidas al sistema, con el objeto de ampliar la cobertura, la mayoría de ellas se han limitado al mercado de capitales, bajo la ilusa idea que, a mejores ofertas en la rentabilidad, mayores serán los niveles de cotización. Entre 1981 y 1989, las reformas se han centrado en la regulación de los límites a la inversión de los fondos que administran las AFP. A partir de 1990, el mercado de capitales se reforma para profundizar la entrada de las AFP a él.⁸³

Sólo con los primeros resultados negativos de las rentabilidades del fondo se comienza a prestar atención a los excesivos costos con que las AFP gravan a sus afiliados. Sin embargo, esa preocupación no se ha transformado en propuestas concretas. Según un informe de la CEPAL, ello se debe a que, hasta hace muy poco, los indicadores que se utilizaban para medir el

⁸⁰ Arenas de Mesa, Alberto, *Cobertura Previsional en Chile* (cit.), pp. 25-26.

⁸¹ *Ibíd.* También véase, Cox, Alejandra, *El Futuro de las Pensiones en Chile: Diferencias Según Sexo*, en *Revista Estudios Públicos* N° 79 (invierno), Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2000 (pp. 237-285).

⁸² *Consideration of Reports Submitted by States Parties, Under Articles 16 and 17 of the Covenant* (cit.), párrafo 20.

⁸³ Arenas de Mesa, Alberto, *Cobertura Previsional en Chile* (cit.), p. 37.

funcionamiento del sistema eran equivocados, toda vez que se prestaba especial atención al número de afiliados y no, como vimos antes, al número de cotizantes efectivos del sistema.⁸⁴ Dentro de las iniciativas legales emprendidas en la década de los 90, destaca la promulgación de la Ley 19.010, que estableció la cuenta de ahorro e indemnización, obligatoria para los trabajadores de casa particular.⁸⁵ En este caso los aportes serán de un 4,11% de la remuneración del trabajador, sistema que en la práctica no ha funcionado de la forma deseada, en especial por los acuerdos empleado/empleador en que este segundo entrega el dinero directamente al trabajador en vez de imponer en el sistema. Lo bajo de los sueldos hace que se trate de una práctica habitual difícil de criticar. Otra de las innovaciones importantes en materia de pensiones, lo constituyó la denominada Ley Bustos⁸⁶ que, en términos generales, estableció una causal de nulidad del despido para el caso que el trabajador sea despedido sin que sus cotizaciones hayan sido enteradas por el empleador.⁸⁷ Pese al breve tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la ley, los tribunales de justicia del trabajo se encuentran copados de causas sobre este tipo de nulidades.⁸⁸

En resumen, el sistema posee una cobertura deficiente pero, además, ello no quiere decir que quienes se encuentran cotizando obtendrán montos suficientes como para gozar de una pensión mínima. La defensa del sistema señala que la escasa cobertura del sistema, o la cobertura deficiente del mismo, no se debe a su diseño, sino a las lagunas laborales por las cuales atraviesan quienes, estando en condiciones de trabajar, no lo hacen (o no pueden hacerlo). En ese sentido se han propuesto algunas soluciones. Tal es el caso del Instituto Libertad y Desarrollo, el que señala que es preciso elaborar propuestas que corrijan las distorsiones del (escaso) mercado laboral sobre la previsión. Por ejemplo, se propone, un sistema de “subsidios que premien la regularidad en las cotizaciones”.⁸⁹ Esto podría aparecer como un contrasentido: si las per-

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 39.

⁸⁶ Ley 19.631 (D. Of. 28.09.1999).

⁸⁷ Además, en caso de litigio judicial sobre el despido, el empleador debe hacerse cargo de las remuneraciones e impositivos previsionales del empleado.

⁸⁸ Esto se analiza con más detención en el capítulo sobre sistema judicial y derechos humanos, en especial en lo relativo a las reformas a la justicia laboral.

⁸⁹ Véase, *Mejores Pensiones para la Vejez*, Temas Públicos N° 705, 17 de diciembre de 2004, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 2004.

sonas no trabajan no es porque no quieren, sino porque el mercado laboral no tiene vacantes disponibles. Entonces parece que el subsidio a la regularidad premiará sólo a quienes se encuentran trabajando, como si el no trabajar fuese una decisión que reposa en la sola voluntad de quien se encuentra cesante.

El rol del Estado, como veremos, se vuelve preponderante en un esquema que, se suponía, relegaría al Estado a un segundo plano. El mismo presidente de la Asociación de AFP, Guillermo Arthur, reclama más presencia del mismo: “debe asumir los problemas del desempleo que impiden que algunos trabajadores puedan autosustentar su propia pensión”.⁹⁰ En ese mismo sentido, Roberto Fuentes, gerente de estudios de la Asociación de AFP, señala que los problemas de cobertura se deben a las fallas del mercado del trabajo, agregando que “[a]quí como en todas las partes del mundo donde hay sistemas de pensiones contributivos, se requiere de un período mínimo de aportes para el pago de pensiones (...) es verdad, hay gente que no alcanza ese mínimo [establecido legalmente] y cuando es así se le devuelven sus ahorros”.⁹¹

Sin embargo, la pregunta que debe responderse es si acaso el Estado debe hacerse cargo –como tendrá que hacerlo– de aquellos que, pese a cotizar responsablemente, ven que los montos de sus pensiones son bajos por los ‘costos de administración’ que deben soportar. El punto es que hay personas que se jubilan y siguen trabajando y otras que, pese a llegar a la edad límite, no jubilan porque simplemente no les alcanza.⁹² Y se trata de personas que han cotizado. En términos de la Asociación, se trata de los responsables.

3. Bajos Niveles de Información

La información es un bien jurídico que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) posee especial relevancia. En efecto, la información en manos de los ciudadanos no sólo les permite tomar decisiones de orden estratégico, como cambiarse a la AFP que entregue las mejores rentas o a la AFP cuyas comisiones sean más bajas. En el caso de los DESC la infor-

⁹⁰ “Inminente crisis en sistemas de pensiones prevé Banco Mundial”, *El Mercurio*, 25 de mayo de 2005.

⁹¹ “AFPs ¿El cuento del tío?” (cit.).

⁹² *Ibid.*

mación es pilar fundamental para la exigibilidad y condición necesaria para el ejercicio de esos derechos.

En este contexto, la información –junto con constituir un bien jurídico en sí misma– es una herramienta que permite fiscalizar a las autoridades, al tiempo que se configura como un presupuesto para la exigibilidad de los derechos.⁹³

En el primero de los casos, la necesidad de contar con información pública permite que las personas podamos evaluar la manera en que los gobernantes elaboran e implementan las políticas públicas. El informe que Chile presentó al Comité de DESC posee importantes antecedentes en ese sentido.⁹⁴ Ese informe muestra cómo el Estado chileno se autoevalúa respecto al cumplimiento de sus obligaciones en materia de las obligaciones que dispone el PIDESC. Mayores y mejores niveles de información, permiten una ciudadanía más atenta y con mejores herramientas para la fiscalización. Junto a la ciudadanía, el propio Comité realiza observaciones al Estado, las cuales pueden convertirse en una pauta de control del desempeño del Estado.⁹⁵ Dicho de otra forma, las observaciones del Comité de DESC vendrían a configurar una suerte de carta de navegación sobre la cual debe avanzar el Estado, en la satisfacción de los derechos sociales.

En el segundo de los casos, la información opera como un presupuesto de la exigibilidad de los DESC –aunque no únicamente de éstos. En efecto, y como se ha señalado, la “exigibilidad del derecho está supeditada a la definición previa de las obligaciones concretas del Estado, definición que sin embargo resulta imposible sin información previa acerca de la situación de ese derecho”.⁹⁶ Si, como se ha señalado, los DESC imponen a los estados la obligación de satisfacer progresivamente y hasta el máximo de los recursos el contenido de esos derechos, una vez delineados el conjunto de obligaciones, sólo una abundante información nos permitirá establecer (construir y contrastar) indicadores para ver si las políticas del Estado satisfacen progresivamente estos derechos y, ade-

⁹³ Véase, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El Acceso a la Información como Derecho*, en González, Felipe (ed.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales N° 10, Santiago, 2000 (pp. 199-218).

⁹⁴ Véase, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Chile)*, (cit.).

⁹⁵ *Consideration of Reports Submitted by States Parties, Under Articles 16 and 17 of the Covenant* (cit.).

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 207.

más, si es cierto que el Estado está realizando sus mejores esfuerzos dentro del contexto de los recursos con que cuenta.

De acuerdo a las críticas de Larroulet al sistema de reparto, éste se encontraba excesivamente centralizado en el Estado. Así, el trabajador cotizante se encontraba atado de manos y sus decisiones –que podían ser muy buenas– eran reemplazadas por las de la entidad administradora. La promesa del sistema de AFP era la de entregar mayor flexibilidad y libertad a las administradoras de fondos de pensiones, al tiempo que dotaban al ciudadano de la autonomía suficiente para que, competencia mediante, pudiese elegir la AFP que mejor se adaptara a sus intereses. Esas elecciones requieren, como señalamos más arriba, de información. O, como ha señalado José Piñera –el principal creador del sistema–, “[el sistema chileno está] basado en la propiedad, la elección y la responsabilidad (...) entregando los trabajadores un interés privado en la economía”.⁹⁷ En resumen, son los “afiliados los que debe[rían] escoger la administradora que mejor se ajuste a sus necesidades, de acuerdo al precio, la rentabilidad, la confianza que le merezca la institución y el servicio, entre otros”.⁹⁸

La exigibilidad de derechos y un correcto ejercicio de los mismos requieren además la existencia de un acervo de información. Pero no de cualquier información, sino que de información que pueda entenderse por el afiliado o cotizante. En materia de derecho de protección al consumidor, así, la información veraz y oportuna sobre el servicio que se contrata es uno de los derechos con que cuentan los consumidores.⁹⁹ En consecuencia, los estándares conforme a los cuales evaluamos el sistema de información del sistema previsional chileno son: (1) la existencia de información disponible, (2) el grado de información que poseen los afiliados y (3) la utilidad de esa información.¹⁰⁰

La situación actual muestra que los cotizantes del sistema de AFP están desinformados. La conclusión general al respecto es que los afiliados al sistema de pensiones manejan bajos niveles de información, sea porque no entienden la información, sea porque no

⁹⁷ “Crisis en el seguro social privado de Chile”, *The Miami Herald*, 06 de febrero de 2005.

⁹⁸ Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados* (cit.), p. 4.

⁹⁹ Artículo 3º, b), L. 19.496 (modificada por la L. 19.955 D. Of. 14.07.2004).

¹⁰⁰ Es decir, si acaso se siguen consecuencias prácticas de, por ejemplo, la lectura de la cartola que llega a todos quienes están afiliados al sistema.

les interesa entenderla –en concepto de Berstein y Ruíz.¹⁰¹ Agregáramos que a las AFP tampoco les conviene que a los afiliados les interese la información, por ejemplo, que llega en las cartolas de la AFP. Si las AFP saben que sus afiliados son insensibles a este tipo de cambios (al precio por ejemplo), entonces eso les permite manejar el sistema a su antojo, como vimos, cobrando comisiones excesivas.¹⁰² Las AFP saben eso y por lo mismo –en su momento– el único mecanismo en el cual pudieron hacer descansar el traspaso entre AFP's es en la entrega de regalos a los cotizantes.¹⁰³

De acuerdo a la Encuesta de Historia Laboral y Seguridad Social, un 47% de los cotizantes declara no saber cuánto aportan mensualmente a su cuenta, es decir, pueden intuir que los montos que les son descontados alcanzan el 10% de sus remuneraciones, pero desconocen el valor exacto que va a parar a sus cuentas individuales. Peor aún, un 97% de los encuestados señaló desconocer cuánto pagan a las AFP por concepto de comisiones por concepto de administración de sus fondos. De los encuestados, un 56% declara no conocer el saldo en su cuenta.¹⁰⁴

Las variables indican que las mujeres, los jóvenes, las personas de menor educación y menor ingreso son los que se sitúan con los niveles más bajos de conocimiento de sistema de AFPs. Pese a las diferencias educacionales, que podrían quizás explicar esta situación, los índices se mantienen más altos en los niveles educacionales elevados. Que los sectores menos educados posean los menores niveles de información se conecta con la segunda variable señalada más arriba, relativa a qué información –y cómo– entregan las AFP. Lo que resulta claro es que los afiliados no entienden el sistema y, por lo mismo, leer y releer la cartola informativa, probablemente, les reporta escasos beneficios prácticos.¹⁰⁵

¹⁰¹ Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados* (cit.), p. 5.

¹⁰² Repetto, Andrea, *Las Comisiones de las AFP* (cit.). La insensibilidad de los cotizantes frente a los precios del sistema y los costos en general, permite un manejo tal por parte de las AFP.

¹⁰³ Un 30% de los encuestados en julio de 2001, señalaron que la decisión de traspasarse de una AFP a otra dependía de los regalos ofrecidos por los vendedores. Berstein, Solange y Ruiz, José, *Sensibilidad de la Demanda con Consumidores Desinformados* (cit.), p. 7.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁰⁵ Véase, Berstein, Solange y Castro, Rubén, *Costos y Rentabilidad de los Fondos de Pensiones: ¿Qué Informar a los Afiliados?*, Serie Documentos de Trabajo, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, (Abril), Santiago, 2005, p. 3.

Capacitarse o hacer esfuerzos por comprender esa información, es más costoso que los beneficios en que redundaría el uso de esa misma información. De los consultados por la Encuesta de Historia Laboral y Seguridad Social, sólo el 60% declara recibir la cartola informativa y, de ese porcentaje, sólo un 75% la lee. De ese sub grupo, a su turno, un 60% considera clara la información y el 20% declara que utiliza esa información para tomar decisiones.

Ahora bien, existe un núcleo reducido de personas que sí lee la información que llega en la cartola, que la entiende y que, además, toma decisiones con esa información como base. De ello, sin embargo, no se sigue que si las demás personas son igual de rigurosas podrán obtener beneficios en la práctica. Como veremos en seguida, otra de las promesas que el sistema no ha logrado cumplir es la de asegurar una verdadera competencia entre las AFP. De suerte tal que, en términos prácticos, poco puede hacer aun con la información en poder de los cotizantes. Con todo, es preciso reconocer que se trata de una suerte de círculo vicioso en que la falta de información y el desinterés, dan paso a una escasa competencia.¹⁰⁶ Dado que los cotizantes no toman decisiones sobre la base del cambio en los precios, que tampoco son muy distintos entre las 6 empresas que existen, entonces la competencia entre las AFP decrece.

4. La Competencia y el Sistema de AFP

Una de las críticas que más eco ha generado, tanto así que el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos parece haber hecho caso de ella, es la ausencia de competencia entre las AFP del sistema. Hemos dicho que Chile se encuentra a la cabeza de los países de América Latina en la materia, exhibiendo las cifras más altas de recaudación. Aunque ello se explica en parte porque el sistema lleva más de 24 años funcionando, cabe tener presente que la participación de las AFP en el Producto Interno Bruto de Chile es de un 64.5%, es decir, no se trata de un sector cualquiera.¹⁰⁷ El poder de los directores es tomado en cuenta con cada decisión del Go-

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 2.

¹⁰⁷ Se trata de una cifra sumamente alta, en comparación con países como Argentina (12.4%) y México (5.7%). De hecho, Chile es seguido muy de lejos por la participación de las administradoras bolivianas en su PIB con un 20.9%. Véase, *Boletín Estadístico AIOS* (cit.), p. 13.

bierno sobre el sistema. Se trata de un sector importante que utiliza diversas formas de presión. Así, a comienzos de 2006, un grupo cercano a los 50 directores de las AFP interpusieron una querrela por injurias y calumnias en contra del Senador Guido Girardi, el que, criticando las excesivas ganancias del sector, los llamó “ladrones de cuello y corbata”.¹⁰⁸ El Senador señaló que esta acción es un “atentado a la libertad de expresión de quienes tenemos que representar la voz de la gente, de los ciudadanos (...) Yo, lo que he hecho, es hacer una crítica política a un sistema social que requiere de reforma, y lo que ellos quieren hacer es silenciarme, quieren acallarme”.¹⁰⁹

En Chile, a diciembre de 2005, son seis las AFP que funcionan en el sistema previsional. Alguna vez el número de administradoras llegó a las 22 empresas (1993), producto de una serie de medidas destinadas a incentivar la creación de éstas. Se creía que mientras más AFP existieran, mayor sería la competencia entre ellas, pues las diferentes AFP serían capaces de ofrecer servicios a distintas tasas de comisión.

Sin embargo, la creación de las nuevas AFP trajo consecuencias contraproducentes; dado que la demanda es inelástica,¹¹⁰ en parte por la desinformación en que se encuentran los afiliados, las AFP tuvieron que invertir grandes sumas de dinero en la contratación de vendedores y en regalos que éstos ofrecían, única forma de movilizar a las personas y de lograr que algunos dejaran sus actuales administradoras para cambiarse a otra nueva.¹¹¹ La razón del cambio era el regalo y no la información. Eso significó un gasto de US\$217 millones que fueron traspasados a los cotizantes por medio de las comisiones.¹¹² Además, el sistema vio cómo los traspasos se realizaban con irregularidad (por ejemplo, se detectaron casos de falsificación de firmas) lo que trajo de la

¹⁰⁸ “AFP concretan querrela contra Girardi por injurias y calumnias”, *La Tercera*, 18 de enero de 2006.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ A pesar de lo que se ha sugerido, Salvador Valdés –uno de los principales críticos a la forma en que se desarrolla la competencia en el sistema actual– afirma que el comportamiento de los afiliados, que no utilizan la información para cambiarse de AFP es, en términos económicos, racional. Véase, Valdés, Salvador, *Para Aumentar la Competencia entre las AFP*, Revista Estudios Públicos N° 98 (Otoño), Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2005, p. 92.

¹¹¹ Véase, Simoneti, Aldo, *Modelo de Competencia en la Industria de AFP, Período 1997-2003*, en Seminario conjunto CEP-SAFP, 11 y 12 de noviembre de 2004, p. 4.

¹¹² Por ejemplo, los gastos comerciales bajaron de \$114.124 millones de pesos, en 1997, a \$35.407 millones de pesos en 2003. *Ibíd.*, p. 11.

mano el decaimiento de la imagen de las AFP. Por ello la Superintendencia de AFP estableció una serie de regulaciones para evitar traspasos excesivos motivados por los regalos de las administradoras.¹¹³

En 1997, con las nuevas regulaciones, había un total de 13 AFP; en el año se habían reducido a siete y en la actualidad son solo seis. A 2003, en cifras que se mantienen constantes, las AFP cobraban comisiones que iban del 2,09%, la más baja, al 2,55%, la más alta.¹¹⁴ Eso se traduce en que un cotizante que recibe un salario mensual de \$ 200 mil pesos, paga anualmente unos \$ 57.500 pesos en comisión.¹¹⁵ Las comisiones entre las AFP son casi idénticas, lo que se ve motivado por el hecho que los cotizantes no suelen tomar decisiones –como cambiarse de AFP– según el monto de las mismas.¹¹⁶ A ello se suma, como hemos dicho, el hecho que los cotizantes no evalúen cambios que, en el período de más alta competencia (1997), sólo se registraron como consecuencia de los regalos que ofrecían las administradoras. El gasto en que se incurrió entonces (10 veces superior al gasto actual) llevó a varias fusiones de AFP.¹¹⁷

Ahora bien, pese a que los cotizantes no deciden el cambio de una AFP a otra por el costo de la comisión,¹¹⁸ esto no quiere decir que ese costo no importe o que no traiga consecuencias para la competencia del sistema. Una disminución importante de los costos de las comisiones sí traería consecuencias en el afiliado que podría decidir informarse –sólo cuando exista ese verdadero estímulo– y, finalmente, cambiarse en un sistema que no entrega opciones al momento de entrar a él: o entra usted o usted entra.¹¹⁹ Esa es la tesis de la cual arranca el trabajo de Salvador Valdés que, como hemos señalado, es uno de los principales críticos del funcionamiento del sistema en cuanto a su competencia interna.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 5. Como señalamos antes, se ha detectado que la práctica de los regalos continúa. "Finanzas personales: Siguen los 'regalos' por cambio de AFP" (cit.).

¹¹⁴ Véase, Simoneti, Aldo, *Modelo de Competencia en la Industria de AFP, Período 1997-2003* (cit.), p. 26.

¹¹⁵ Repetto, Andrea, *Las Comisiones de las AFP* (cit.).

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Véase, Simoneti, Aldo, *Modelo de Competencia en la Industria de AFP, Período 1997-2003* (cit.), p. 37.

¹¹⁸ Véase, Valdés, Salvador, *Para Aumentar la Competencia entre las AFP* (cit.), p. 99; Valdés, Salvador, *Para perfeccionar la competencia entre las AFP*, en Seminario conjunto CEP-SAFP, 11 y 12 de noviembre de 2004, p. 2 y Repetto, Andrea, *Las Comisiones de las AFP* (cit.).

¹¹⁹ *Ibíd.*, p.94.

El nivel de comisiones es cercano al 13% del ahorro. Valdés propone un sistema que permitiría reducir ese porcentaje al 5%.¹²⁰ El cambio es grande y el incentivo también. El sistema propuesto no pasa por aumentar el número de AFP, sino por el establecimiento de un sistema de búsqueda gratuito y opcional que se encargará de tomar una cartera de clientes (normalmente de bajos saldos) y ubicarla en la AFP que cobre la comisión más baja.¹²¹

El proyecto de Valdés consta de dos medidas base. Primero, la creación de un servicio de búsqueda de AFP que se encargará, por medio de una licitación, de encontrar la AFP más barata que se adjudicará la cartera de afiliados (de bajo sueldo). Ese servicio será opcional y gratuito.¹²² El servicio, lo que haría, sería configurar un mecanismo institucional de entrega de información, que asume, así, el costo de informarse. Ese costo, actualmente, recae en los afiliados.¹²³ Segundo, propone que las AFP separen las funciones. De una parte la AFP debe ser 'pura', con las únicas funciones de gestión financiera y contacto con los afiliados. De otra debe ser 'operativa', donde cumplirá todas las demás funciones, en especial, la de buscar elevar la rentabilidad de los fondos con que cuenta cada AFP. Las AFP 'puras' reducirían los costos de las comisiones pues estarían encargadas sólo de realizar las operaciones básicas.

Pese a que la propuesta en principio no incluye la entrada al mercado de nuevas AFP, el importante número de afiliados que se incluiría en esa cartera que comienza a licitarse podría motivar la entrada de nuevas administradoras al sistema.¹²⁴

La propuesta ha recibido bastante atención. En octubre de 2005 el superintendente de AFP, Guillermo Larraín, señaló que el proyecto que está elaborando, como propuesta para la candidata del oficialismo, Michelle Bachelet, incorpora "un sistema de licitación de afiliados que, además de inducir menores comisiones,

¹²⁰ "Para aumentar la competencia entre las AFP" *El Mercurio*, 17 de junio de 2005.

¹²¹ Cuando ese monto sea bajo en los términos señalados más arriba (de un 13% actual del ahorro a, por ejemplo, un %5). Véase, Valdés, Salvador, *Para perfeccionar la competencia entre las AFP* (cit.), pp. 5-6.

¹²² La descripción del sistema propuesto en Valdés, Salvador, *Para Aumentar la Competencia entre las AFP* (cit.), en particular pp. 99-101 y *Para perfeccionar la competencia entre las AFP* (cit.)

¹²³ Como vimos, ese costo no es asumido por los afiliados que prefieren no informarse. El costo de informarse es caro, en comparación al beneficio que se recibe por el cambio de AFP. Es racional no gastar más (en informarse) y quedarse en la misma administradora. Comisiones e información, así, no hacen que la demanda varíe.

¹²⁴ Repetto, Andrea, *Las Comisiones de las AFP* (cit.).

facilita la entrada de más actores al sector”.¹²⁵ Con todo, al día siguiente del anuncio, el Ministro del Interior, Francisco Vidal, señaló que “conversaré con el titular de esa entidad [Superintendencia de AFP] para hacerle ver que no corresponde que funcionarios del actual Gobierno planteen reformas que puedan servir de base para una futura administración”.¹²⁶ El grueso de la propuesta de la Superintendencia –analizada por Valdés–¹²⁷ consiste en la creación de un servicio de licitación, donde los afiliados se inscriben voluntariamente. Ese servicio debe buscar a la AFP que ofrezca la comisión neta más baja. El sistema contempla premios y descuentos para quienes opten por él.

De todas formas, el Gobierno ha entregado señales claras acerca de cómo ve el fenómeno de la escasa competencia en el sistema. El superintendente de AFP Guillermo Larraín, señaló que una de las aspiraciones más manifiestas de las AFP, la flexibilización de los límites a la inversión, no se producirá mientras la competencia del sector no aumente. “[S]i yo estuviera completamente tranquilo de que todas las AFP hacen el máximo esfuerzo de análisis, de búsqueda de oportunidades de inversiones nacional e internacional; si estuviera tranquilo en términos de que la competencia los lleva a eso –señaló– entonces uno podría decir sí, pero la verdad es que no lo estoy y creo que aún se puede mejorar bastante esa parte”.¹²⁸ En efecto, uno de los comportamientos que se ha constatado entre las AFP es el denominado ‘efecto manada’, que supone que las administradoras invierten de manera similar, todo lo que es consecuencia de la escasa competencia que existe entre ellas.¹²⁹ Más aún, a comienzos de 2006, fue el propio Ministro de Hacienda quien señaló que “[l]a licitación de cartera, la fusión de las dos comisiones en una sola, la posibilidad de que los pensionados negocien y si hay una menor comisión en alguna parte puedan tener alguna devolución del exceso de comisión en liquidez constante y sonante (...) son todos temas que pueden

¹²⁵ “Gobierno capta idea de Salvador Valdés para reducir comisiones de AFP”, *El Mostrador*, 26 de octubre de 2005.

¹²⁶ “Vidal pedirá explicaciones a Guillermo Larraín”, *La Nación*, 27 de octubre de 2005.

¹²⁷ Véase, Valdés, Salvador, *Licitaciones para aumentar la Competencia entre AFP*, Punto de Referencia N° 278 (diciembre), Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2005, pp. 7-9.

¹²⁸ “Aún falta competencia entre AFP para flexibilizar límites de inversión”, *Estrategia*, 13 de agosto de 2004.

¹²⁹ *Ibíd.*

ir en un proyecto de ley y que van a obligar a las AFP, en definitiva, a cobrar costos normales”.¹³⁰

Quienes no están de acuerdo con las modificaciones propuestas son los miembros de las AFP que, a las críticas que señalaran antes (la cobertura es problema del Estado que no satisface niveles altos de empleo, no del sistema; o que los afiliados no leen la cartola por lo que no se informan y no toman decisiones racionales), ahora agregan otras en contra del ‘mercado institucional’. Roberto Fuentes, gerente de estudios de la Asociación de AFP, señala que las comisiones, en Chile, son más baratas que las de Estados Unidos.¹³¹ Fuentes insiste en que la clave está en la información y en la decisión que, a partir de ella, pueden tomar los afiliados: “es justo señalar que este año es la primera vez en que la cartola informativa que se distribuye a los afiliados a las AFP contiene clarísimas comparaciones de costos entre las AFP y proyecciones de pensión de acuerdo al ahorro acumulado”.¹³² Pero si esos montos no varían entre las AFP del sistema el afiliado no tiene opción. Esas posibilidades de decidir son todavía más reducidas cuando se toma en cuenta que gran parte de los afiliados deberá contentarse con retirar los fondos que no le alcanzaron para gatillar la garantía estatal y, en el caso de los que sí, la garantía misma.

El costo de informarse es alto –habría que ver cuántos chilenos y chilenas están en condiciones de evaluar la información que viene en esas cartolas– y los beneficios de tomar decisiones, al amparo de esa información, mínimos.¹³³ En concreto, sobre la licitación de cartera de afiliados, Fuentes sostiene que ello no es la solución pues (a) el factor más relevante para la pensión es la rentabilidad del sistema y no el precio de la comisión; (b) que no es cierto que las comisiones de los afiliados licitados vaya a disminuir pues, al tratarse de los afiliados de menores rentas (discontinuidad y siniestralidad), pierden el ‘subsidio’ que en la actualidad reciben de aquellos que más tienen y que, (c) dado que se trata del grupo de mayor siniestralidad, el seguro de invalidez y sobrevivencia debería subir.¹³⁴

¹³⁰ “Dura acusación de Eyzaguirre a AFP” (cit.).

¹³¹ Véase, Fuentes, Roberto, “AFP: Los Peligros de Licitación de Carteras de Afiliados”, *La Segunda*, 12 de septiembre de 2005.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Véase, Valdés, Salvador, *Para Aumentar la Competencia entre las AFP* (cit.), p. 94.

¹³⁴ Véase, Fuentes, Roberto, “AFP: Los Peligros de Licitación de Carteras de Afiliados” (cit.).

La realidad, sin embargo, muestra que las 6 AFP que se encuentran en el mercado impiden o establecen, de hecho, barreras a la entrada de nuevos actores. De acuerdo a las ganancias estimadas de las AFP, éstas ganaron US\$70 millones en el período 1999-2003. La pregunta es, tratándose de un mercado tan atractivo, cómo es que nuevos actores no se interesan en ingresar a él.¹³⁵

Otros indican que la competencia del sector podría aumentar con un incremento del tamaño del mercado, por ejemplo, por la vía de incorporar a las Fuerzas Armadas¹³⁶ y a los trabajadores independientes, obligando a estos últimos a cotizar obligatoriamente. También podrían ampliarse los canales de distribución permitiendo traspasos y afiliaciones por internet. Esta propuesta insiste además en incrementar la inversión y la información que se entrega a los afiliados.¹³⁷

Lo que importa, a final de cuentas, es que un sistema de pensiones que permita la competencia trae una sola consecuencia que todos buscan y esperan: mejores pensiones, pensiones más dignas. Tal como se encuentran el sistema, las comisiones son altas, casi idénticas y los afiliados no suelen informarse de esos antecedentes. Como el precio no es factor de competencia entre las AFP, la competencia por precios es leve o inexistente.¹³⁸ Eso las ha llevado a tener ganancias sobre lo normal, del orden de los US\$80 millones de dólares.¹³⁹ La realidad de los afiliados, como veremos, muestra que una importante parte de ellos no alcanzará pensiones mínimas. Otra importante parte deberá depender de la garantía estatal y el resto se divide entre quienes logran una pensión –que difícilmente puede asegurar una vida digna– y quienes seguirán viviendo sin problemas.

¹³⁵ Véase, Engel, Eduardo, "El Terror de las AFP", *La Tercera*, 28 de agosto de 2005. Engel, en esta columna, muestra por medio de un ejemplo concreto (el del oxígeno en los hospitales públicos) cómo licitaciones masivas pueden traer muy buenos resultados para la competencia del sector.

¹³⁶ En la actualidad el gasto del Estado en las pensiones del personal en retiro de las FF.AA. es excesivo. El número de personal en retiro dobla al servicio activo. "Previsión de las FF.AA.", *El Mercurio*, 14 de octubre de 2005.

¹³⁷ Véase, Simoneti, Aldo, *Modelo de Competencia en la Industria de AFP, Período 1997-2003* (cit.), p. 42.

¹³⁸ Véase, Valdés, Salvador, *Licitaciones para aumentar la Competencia entre AFP* (cit.), p. 3.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 2.

5. ¿El Estado Subsidiario?

Quienes idearon el sistema de AFP sostuvieron que una de las principales falencias del sistema de reparto, era el excesivo y preponderante rol del Estado en él. Así, la promesa del nuevo sistema era la de relegar al Estado a un rol meramente guardián o fiscalizador, abriendo el espacio para la participación de la empresa privada que, en una Constitución que coloca fuerte énfasis en las libertades económicas, debía comenzar a administrar eficientemente los dineros de los ciudadanos.

El sistema no ha cumplido con sus proyecciones. Éste sigue descansando en el aporte del Estado, una contribución no menor. Esta es, quizás, la paradoja más grande del actual sistema de pensiones en Chile: mientras las Administradoras de Fondos de Pensiones reportan ganancias millonarias, una parte muy importante de quienes están afiliados no alcanzarán los mínimos legales, debiendo el Estado inyectar recursos para poder satisfacer la promesa de la pensión mínima. Como lo señala el Informe del Banco Mundial, “en países como Chile, donde la pensión mínima garantizada es modesta (...) el gasto público en beneficios mínimos probablemente será substancial dados los bajos niveles de participación”,¹⁴⁰ esto es, como hemos visto, debido a la existencia de un número importante de personas afiliadas con un número bastante menor de cotizantes.

El sistema, como hemos indicado, funciona sobre la base de la capitalización individual. Como señalara Larroulet, el objetivo del sistema era conciliar responsabilidad con beneficios.¹⁴¹ Si las personas pueden ser responsables e imponer, entonces el sistema les entregaría el beneficio de asegurarles una vejez digna. Con todo, el sistema no deja a los más desvalidos solos. Establece un sistema de pensiones mínimas que debe respetarse y, para el caso que el afiliado no logre el monto de pensión mínima, establecido legalmente, el Estado garantizará su cobertura. Esto no significa que el Estado garantizará las pensiones de todos aquellos que no logren el piso de la pensión mínima, sino que sólo garantizará las pensiones de aquellos que, no logrando la pensión mínima,

¹⁴⁰ Véase, Holzmann, Robert et al., *Old Age Income Support in the 21st Century* (cit.), p. 147.

¹⁴¹ Larroulet, Cristián, *La Privatización del Sistema Previsional y sus Beneficios para el Futuro de la Familia* (cit.), p 4.

cumplan con los requisitos legales que le permitan 'gatillar' la garantía estatal: años de trabajo y años de cotizaciones.¹⁴²

En la actualidad, el monto de la pensión mínima corresponde a \$77.076¹⁴³ (US\$150) para personas menores de 70 años y \$84.277 (US\$164) para los mayores de 70 años. Para las personas de 75 y más años de edad, el monto asciende a los \$88.213 (US\$171).¹⁴⁴ Para poder acceder a los montos recién señalados, el afiliado mujer de 60 o más años de edad y hombre de 65 o más años de edad, debe cumplir con el requisito de registrar veinte años, a lo menos, de cotizaciones o servicios computables en cualquiera de los sistemas previsionales.¹⁴⁵ El informe de Chile al Comité de DESC señala lo mismo que hemos indicado hasta acá: es decir, que el Estado garantiza las pensiones de quienes, habiendo cotizado, al menos, 20 años en el sistema previsional chileno, no alcancen el mínimo legal para sus pensiones.¹⁴⁶ Omite, sin embargo, las proyecciones y el estado actual de la situación: que más de la mitad de los afiliados al sistema no alcanzarán a enterar los 20 años que exige la ley, quedando imposibilitados de poder acceder a la cobertura estatal.

De acuerdo a las proyecciones efectuadas por el Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (CENDA) "más de la mitad de los afiliados, es decir, más de 3.3 millones de personas, no lograrán superar la pensión mínima ni tampoco lograrán la cantidad de cotizaciones requeridas para alcanzar la garantía estatal"¹⁴⁷ que venimos explicando. Del resto, a su turno, la mitad no alcanzará las pensiones mínimas y deberá, por ello, depender de la garantía estatal.¹⁴⁸ Es decir, del total de personas afiliadas al sistema, menos de un tercio de ellos logrará obtener pensiones y el resto, o no alcanzará las 240 cotizaciones exigidas

¹⁴² Véase, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Chile)*, (cit.), párrafo 312, p. 80.

¹⁴³ Aunque estas cifras varían de acuerdo a diversas informaciones. Así, por ejemplo, a fines de 2004 el Ministro Solari indicó que el monto de las pensiones mínimas era de \$70.206 pesos. "Chile: jubilación promedio llega a \$120 mil", *La Nación*, 26 de octubre de 2004, p. 6.

¹⁴⁴ *Adultos Mayores Integrados a la Sociedad*, Servicio Nacional del Adulto Mayor, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Gobierno de Chile, Santiago, 2005, p. 13.

¹⁴⁵ Artículo 75, DL 3.500 (D. Of. 13.11.1980).

¹⁴⁶ Véase, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Chile)*, (cit.), párrafo 312, p. 80.

¹⁴⁷ Véase, *Chile: Bases para una reforma al sistema de pensiones* (cit.), p. 10.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 11.

por ley –por lo que no tendrán derecho a garantía estatal– o, alcanzándolas, su tope será la garantía del Estado.¹⁴⁹

Pese a que hemos insistido en que varios de los informes sobre el sistema de pensiones chileno indican que deberán esperarse 15 años más para evaluar el sistema en su real dimensión, cifras disponibles sostienen que la jubilación promedio llega a los \$120 mil pesos (US\$ 233 dólares). A fines de 2004 el Ministro del Trabajo, Ricardo Solari, señaló que el promedio de las pensiones por vejez, en Chile, era de alrededor de los \$120 mil pesos. Pese a que reconoció que la cifra es baja, indicó que ese promedio se alcanza incluyendo las pensiones mínimas. La excusa no es del todo buena: según hemos visto, cerca de un tercio de los afiliados retirará sus fondos sin alcanzar la garantía, el otro tercio lo hará con la ayuda estatal y sólo el tercio restante alcanzará pensiones que, en todo caso, no serán muy altas (salvo la de los sectores más acomodados).

Comentando el sistema de reparto que en Chile rigió hasta principio de los ochenta, los Senadores de la Comisión de Hacienda, Evelyn Matthei y Edgardo Boeninger, coincidieron en la debilidad del mismo. El segundo señaló que “el sistema de pensiones sobre la base del reparto que regía hasta mediados de los 80 era insostenible, porque significaba una carga brutal sobre el presupuesto fiscal y además tenía injusticias enormes”.¹⁵⁰ Pese a que reconoce ciertas fallas, pareciera que las cifras que hemos venido repasando hasta acá no cambian mucho el panorama descrito por el Senador. La opinión de la Senadora Matthei es un tanto distinta: “en la medida que las proyecciones de vida aumenten deberíamos pensar en aumentar los años de cotización o el porcentaje de lo que se cotiza, porque de lo contrario, significaría que las personas con el mismo capital que tenían ahorrado van a tener menos pensión”.¹⁵¹ Hemos visto, sin embargo, que las personas a duras penas alcanzan a enterar las 240 cotizaciones que se les exige para reclamar la garantía estatal, por lo que proponer un aumento de las mismas parece un sinsentido.¹⁵² So-

¹⁴⁹ *Ibíd.* También véase, *Proyección de Pensiones en el sistema AFP. Ejercicio de simulación* (cit.).

¹⁵⁰ Véase, “Advierten debilidad en el sistema de pensiones”, *Diario de Noticias del Senado República de Chile*, 25 de mayo de 2005.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Por lo demás, y sobre la verdad del aumento de la edad de la población chilena, se ha señalado que: Al 2005, hay en Chile 1.594.403 adultos mayores (mujeres mayores de 60 años, hombres mayores de 65). Dos de cada tres de ellos son mu-

bre el porcentaje, la promesa del sistema fue siempre la de rebajar los mismo en comparación con el sistema anterior. Pese a que los Convenios de la OIT “invitan a los Estados Parte a fijar la edad de jubilación de manera flexible, de acuerdo con las actividades desempeñadas y la capacidad de las personas de edad avanzada” –lo que constituye un primer criterio– este límite debe establecerse tomando en cuenta los factores demográficos, económicos y sociales.¹⁵³ No basta señalar que la población vive más. Tampoco basta con límites generales de edad para la jubilación. Otros factores, indicadores muchos más elaborados, de orden económico y social, deben tenerse a la vista para proponer cambios en las edades límite establecidas. Lo que vale la pena preguntarse es si en verdad es digno para las personas seguir trabajando más allá de los 60 años, en el caso de las mujeres, y 65 años, en el caso de los hombres, únicamente porque las cotizaciones efectuadas durante los años anteriores no les alcanzan para obtener una pensión razonable.

Sin embargo, lo que hace llevar a estos Senadores a plantear una reforma tal es la concepción que poseen del sistema de las personas afiliadas y cotizantes del mismo: “el tema es injusto porque el Estado entrega pensiones asistenciales de por vida a muchas personas, y no hay ningún incentivo a los ciudadanos que al menos, hicieron un esfuerzo de cotización”.¹⁵⁴ Primero, la garantía estatal opera sólo para ciertos casos. Del total de los cotizantes, ya vimos que sólo un tercio alcanzará a reclamar este beneficio del Estado. Segundo, se trata de una situación que no podemos calificar como óptima: la pensión es baja y no asegura una vida digna, de suerte que pensar que las personas que alcanzan a reclamarla se quedan en esa posición por gusto, es desconocer la realidad del país y de la falta de sistemas de aseguramiento al desempleo o, derechamente, de mayores empleos.

jeros. Representan el 10% de la población total. Por otra parte, los menores de 15 años son un cuarto de la población total. Ello significa que Chile es todavía un país muy joven. Hasta mediados del siglo, van a crecer a una tasa de 2.6% anual promedio. Eso es más que el crecimiento de la población total, la que crecerá un 0.5% anual en promedio, durante el mismo período. Sin embargo, el producto interno bruto (PIB) crecerá más rápido que los adultos mayores, por lo cual cada año el país cuenta con más recursos para atenderlos. Véase, Riesco, Manuel, “Diez mitos del sistema previsional chileno (I)”, *El Mostrador*, 4 de agosto de 2005.

¹⁵³ Véase, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 6, párrafo 27.

¹⁵⁴ Véase, “Advierten debilidad en el sistema de pensiones” (cit.).

Finalmente, pareciera que la forma en que conciben la falta de cotización es como una que depende de la exclusiva voluntad de las personas, esto es, como si las personas no cotizaran, simplemente, porque no quieren hacerlo.

Durante 2005, el Estado gastó \$197.353 millones de pesos en pensiones asistenciales y \$382.734 millones de pesos en pensiones mínimas.¹⁵⁵ Las proyecciones indican que cerca de un tercio de los afiliados al sistema de pensiones deberán retirar sus fondos sin alcanzar la garantía estatal. El otro tercio, deberá esperar la ayuda del Estado –comprometida en todo caso– engrosando las cifras recién mencionadas en varios millones de dólares más. Ricardo Solari, entonces Ministro del Trabajo, señaló que “[r]educir el actual stock de deuda provisional es imposible”¹⁵⁶ dando una fuerte señal sobre el gasto que el Estado afronta y que deberá afrontar para cubrir las pensiones mínimas. Uno de los principales problemas, en este sentido, ha sido la excesiva morosidad en el pago de las cotizaciones, esto es, la deuda provisional que alcanza, a marzo de 2005, los 266.736 millones de pesos (cerca de US\$ 450 millones de dólares). Los plazos de un procedimiento judicial de cobro de pensiones, cercanos al año y medio, desincentivan su utilización, lo que se une al problema que muchas de las empresas deudoras quebraron o ya no existen.¹⁵⁷ Varios de esos trabajadores, cuyos empleadores no enteran sus cotizaciones, quedarán fuera de la garantía estatal al no lograr completar las 240 cotizaciones requeridas. La Diputada Adriana Muñoz, por su parte, indicó que durante esos procedimientos “[l]as AFP llegan a acuerdos y conciliaciones con las empresas deudoras, las que pagan en plazos y con cheques que después no tienen fondos”.¹⁵⁸ Además, la Diputada señaló que, en ese contexto, la Superintendencia de AFP no efectúa seguimientos cercanos y rigurosos sobre el sistema de cobranza, y las AFP no están interesadas en hacerlo pues “la deuda provisional va a estallar en la cara del Estado y no en la cara de las AFP”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Véase, “Riesco: ‘Reajuste de pensiones propuesto por la izquierda es factible’”, *El Mostrador*, 21 de diciembre de 2005.

¹⁵⁶ “Chile: ‘Deuda provisional histórica es incobrable’”, *Diario Siete*, 3 de marzo de 2005.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ “El sistema es perverso y la deuda provisional va a seguir aumentando”, *Diario Siete*, 05 de marzo de 2005, p. 17.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Este escenario, nada de grato, contrasta con las altas ganancias de las AFP: a septiembre de 2005, éstas habían acumulado ganancias por \$80.381 millones. Esto es un 21% más que en el tercer trimestre del año pasado (2004), cuando ganaron \$66.271 millones.¹⁶⁰ Los ingresos totales de las AFP totalizaban \$309.218 millones, de cuyo total un 87% está compuesto por el pago de comisiones que efectúan los afiliados.¹⁶¹

6. El Factor Humano

Del total de los informes que hasta ahora se han elaborado sobre el sistema de pensiones, pocos se han ocupado del testimonio de los pensionados (afiliados y cotizantes). En efecto, los informes abundan en cifras e interpretaciones económicas pero dejan de lado a las personas que están detrás de esas cifras. El Comité de DESC ha señalado que:

*“las personas de edad deben vivir con dignidad y seguridad y no sufrir explotaciones y malos tratos físicos y mentales, ser tratadas con decoro, con independencia de su edad, sexo, raza, etnia, discapacidad, situación económica o cualquier otra condición, y ser valoradas cualquiera que sea su contribución económica”.*¹⁶²

Los pocos testimonios que hay muestran que el sistema de pensiones chileno viola la dignidad de trato de sus adultos mayores. Tal es el caso de testimonios aparecidos en algunos medios de prensa. Patricio Salinas –señala la nota– tenía un sueldo de \$900.000 pesos y 54 años. Quería jubilarse y los cálculos indican que su renta vitalicia será inferior a los \$450.000 pesos.¹⁶³ Esta es la realidad para una persona que percibe un sueldo que se empi-

¹⁶⁰ Estos resultados corresponden a cinco instituciones (Bansander, Cuprum, Habitat, ING Santa María y Provida).

¹⁶¹ “Ganancias de las AFP en Chile crecen sobre 20%”, en <http://www.mmiconsultant.com/noticia.php?ref2=2232> (15 de noviembre de 2005). Cabe mencionar que a fines de 2005 se promulgó la ley sobre declaración patrimonial, en cuyo debate se decidió excluir, entre otros, a los directores de las AFP e ISAPRES. Noticia en: <http://www.gobierno.cl/noticias/detalle.asp> (27 de diciembre de 2005). Más antecedentes en el capítulo sobre acceso a la información, de este mismo Informe.

¹⁶² Véase, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 6 (cit.), párrafo 5.

¹⁶³ “Chilenos postergan su decisión de pensionarse”, *El Mercurio*, 10 de septiembre de 2005.

na muy por sobre el promedio de remuneraciones en Chile; parte importante de los cotizantes, como hemos señalado, deberá retirar sus dineros sin forma de pensión.¹⁶⁴ Esta situación ha llevado a los chilenos a postergar la decisión de jubilarse. En las AFP la modalidad del retiro programado ha caído un 28% desde julio de 2004 (a julio de 2005)¹⁶⁵ y los chilenos siguen trabajando más tiempo, más allá de la edad establecida para la jubilación.

Así, en un reportaje dado a conocer en el diario *La Tercera*, Blanca Zañartu, de 66 años, señaló que “[s]implemente no pude jubilarme [a los 60 años] ni podré hacerlo. Si jubilo me iría sólo con el 30% de mi sueldo, es decir, con unos 230 mil pesos, y con una pensión tan escuálida no podría vivir (...) voy a morir trabajando”.¹⁶⁶ Señala que, de haberse mantenido en el sistema antiguo, podría haber optado a su jubilación a los 60 años y con una pensión equivalente al 75% de sus últimas remuneraciones. Señalamos antes que la Senadora Matthei cree conveniente aumentar la edad para pensionarse. Que la población chilena se esté haciendo más vieja no es, en sus ideas, problemas del sistema de AFP. Blanca cree que “[s]i una mujer ha de trabajar más tiempo, ha de hacerlo por una opción personal (...) [s]ería escandaloso que a las mujeres nos obliguen a jubilar más tarde, aunque a algunas no nos queda otra que trabajar la vida entera”.¹⁶⁷

En una entrevista para la BBC, algunos chilenos entregaron testimonios que es preciso recordar. Así, Gloria Huircan señaló que “[c]otizo desde el año 89, cuando empecé a trabajar como dependiente. En estos momentos trabajo y tributo como independiente, ya que eso te permite tener seguridad social (...) [p]ero es un muy buen sistema para sus dueños, puesto que a pesar de que hubo épocas de crisis, como la asiática de fines de los 90, ellos fueron unos de los que tuvieron la mayor rentabilidad del mercado, mientras los cotizantes tenían una rentabilidad negativa. Ellos tienen un régimen que, a todas luces, es muy bueno. Tienen un mercado cautivo”.¹⁶⁸ Quintín Oyarzo, de 52 años, señala que

¹⁶⁴ De acuerdo a la Encuesta CASEN 2003, los hogares del quintil más pobre poseen un ingreso promedio autónomo del hogar de \$104.144 pesos, mientras los del quintil más rico \$1.494.083 pesos.

¹⁶⁵ *Ibíd.* y “Drástica caída de retiro programado de las AFP”, *El Mercurio*, 10 de septiembre de 2005.

¹⁶⁶ “¿Deben jubilar más tarde las chilenas?”, *La Tercera (Revista de Mujer a Mujer)*, 23 de octubre de 2005.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ “Chile: ‘Muy buen sistema para sus dueños’”, *BBC Mundo.com*, 05 de junio de 2003.

ha “estado en ambos sistemas (...) Al cambiarme del régimen antiguo al nuevo hubo un reconocimiento del capital acumulado, lo que significa que en total estoy cotizando desde 1975. De acuerdo a la ley, tengo que esperar hasta los 65 años para jubilarme, aunque existen mecanismos para hacerlo anticipadamente, aunque para mí no sería conveniente. Percibo el futuro con preocupación. Porque llegado el momento, tomarán mi monto acumulado para la jubilación y lo dividirán por un periodo, calculando mis expectativas de vida, lo que dará como resultado una pensión no muy alta, justo en el período de la vida, la vejez, en el que aumentan los gastos médicos y las enfermedades”.¹⁶⁹

Riesco ya había llamado la atención sobre la imposibilidad de que los chilenos (en verdad, la mayoría de los chilenos) puedan tener pensiones mayores a su sueldo. Dado que sólo una cifra cercana al 10% cotiza los doce meses del año, la mayoría lo hace de forma irregular. Y no porque no quieran hacerlo. Más de la mitad de los afiliados tienen acumulado menos de \$1.362.673 en su cuenta. Sus sueldos son bajos (inferiores a \$202.094), ello indica que al jubilar su cuenta indicará que poseen un capital de menos de \$8.317.482. La pensión será inferior a \$48.844 mensuales.¹⁷⁰

Los estudios no prestan demasiada atención al factor humano. No hay un interés en medir si las pensiones que entrega el sistema son dignas. Salvador Valdés cree que “la Constitución no garantiza dignidad, ni puede hacerlo, porque esa es una condición subjetiva. No debería confundir aspiraciones –que señala compartir– con obligaciones o derechos exigibles”.¹⁷¹ Que los estudios omitan referencia a la situación de las personas con las pensiones (cuánto les sirve, qué compran, etc.) se debe a que “cada estudio tiene un autor y una metodología propia. No se puede generalizar a ‘los estudios’. Algunos estudios encuestan a los ancianos y otros no lo hacen. Todos son igualmente válidos porque aportan perspectivas complementarias [y] no se puede coartar la libertad de expresión académica de los autores que no usan encuestas, o que usando encuestas, no hacen las preguntas que a un determinado observador le gustaría haber hecho”.¹⁷²

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Véase, Riesco, Manuel, “Diez mitos del sistema previsional chileno (II)”, *El Mostrador*, 8 de agosto de 2005.

¹⁷¹ En entrevista privada con Salvador Valdés, vía e-mail (06 de enero de 2006).

¹⁷² *Ibíd.*