



Revista Digital

Número 1
Abril 2017

SOLONIK

Revista de Políticas Públicas y Derechos Humanos

FUNDACIÓN HENRY DUNANT
AMÉRICA LATINA

Políticas Públicas y Derechos Humanos

10AÑOS

Ediciones Fundación Henry Dunant América Latina
N°1 – Abril 2017

Revista Digital **SOLONIK Políticas Públicas y Derechos Humanos**

Ediciones Fundación Henry Dunant América Latina

Nº1 – Abril 2017

Edición general

Carla Santana

Comité Editorial

Ximena Erazo, Antonia Santos, Arlette Reyes

Edición de textos

Daniela Gallego Zapata, Graduada en Lenguas y Literatura Española, Universidad Autónoma de Barcelona

Diseño de portada y diagramación

Alexander Rivera

Fundación Henry Dunant América Latina

California 1892, Providencia, Santiago de Chile

Fono: 56-2 222055179

Web: www.fundacionhenrydunant.org

E-mail: contacto@funhd.org

SOLONIK Práctica jurídico espiritual de la cultura maya que significa deshacer nudos, conocer los actores y averiguar las causas.

Presentación <i>Ximena Erazo Latorre</i>	1
Una mirada crítica sobre los Derechos Humanos: hacia un enfoque universal <i>Juan Martin Almejún</i>	2
Análisis de la incorporación de la perspectiva de género en la política de envejecimiento <i>Ingrid Fergusson Cárdenas</i>	16
Migración indígena: el caso del pueblo otavaleño y la legislación migratoria chilena <i>Andrea Antriyao Granadino y Francisco Jara Bustos</i>	28
Derecho a la educación en niños y niñas con discapacidad de origen visual: Situación en Chile de la educación inclusiva en escuelas regulares <i>Constanza Barrientos Lalanne y Macarena Chehade Moya</i>	40
El procedimiento de participación y consulta de la Ley 20.584, ¿se somete a los estándares de la legislación internacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas? <i>Claudio Colivoro Vera</i>	52
Análisis de la Ley 6.815/80, Estatuto del Extranjero de Brasil, y los Derechos de los inmigrantes a la libertad de expresión, de asociación y de reunión <i>Luis Cantoral Benavides</i>	68
Salud Mental en Chile: radiografía bajo el lente de los Derechos <i>Stephanie Nicole Rabi Misle</i>	81
Estigma y criminalización del aborto: en contra de los derechos de las mujeres <i>Soledad Acevedo Arenas</i>	92
¿La aceptación social del “trabajo en la infancia” en la comunidad otavaleña, aumenta la vulnerabilidad de los niños provenientes de estas comunidades de ser víctimas de trata de personas? <i>Alexandra Maringuer Pastene</i>	104
El Patrimonio cultural Indígena. Aproximación conceptual para la enseñanza de los Derechos de los Pueblos Indígenas <i>Carolina Maturana Ibáñez</i>	116

Presentación

En los campos de investigación más vanguardistas avanza la interacción entre saberes y disciplinas diferentes. Nuevos y mayores puentes entre los espacios de creación y generación del conocimiento son necesarios para innovar colaborativamente, desatar los nudos, resolver los desafíos del desarrollo sustentable y enfrentar las desigualdades. Es en este contexto que nos hemos inspirado en nombrar a la revista **Solonik**, práctica jurídico espiritual de la cultura maya que significa deshacer nudos, conocer los actores y averiguar las causas.

El derecho, la economía, la sociología, la estadística, la ecología, las ciencias naturales, la historia, la medicina, el urbanismo, concurren junto con muchas otras disciplinas y saberes a las necesarias articulaciones que hacen posible la existencia de políticas públicas basadas en derechos.

Las investigaciones que se presentan en este primer número de la **Revista Solonik** fueron realizadas por alumnos y alumnas de diversos Diplomados Internacionales de Especialización en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Fundación Henry Dunant América Latina.

Se trata de trabajos de investigación seleccionados por su calidad y capacidad para atravesar y poner en diálogo distintas disciplinas con las cuales abordar las intersecciones que se van produciendo en torno a los distintos sujetos de derechos y problemáticas que dan cuenta de las más variadas expresiones de vulnerabilidad, discriminación y exclusión.

La migración indígena, el envejecimiento desde una perspectiva de género, la salud mental, el trabajo infantil, la educación de niños y niñas en situación de discapacidad, el patrimonio cultural indígena, la criminalización del aborto, la violencia de género, los derechos de los inmigrantes, la Ley 20.584 sobre participación y consulta en el caso de los pueblos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos, son temáticas analizadas *con una mirada interdisciplinaria de los derechos humanos y una visión crítica de la sociedad. En relación a dichas temáticas y problemas se desarrollan propuestas transformadoras conducentes a la realización efectiva de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; entendiendo que los aspectos de regulación técnica de la nueva gestión pública deben estar dotados de la legitimidad que le confieren los derechos humanos.*

Ximena Erazo Latorre
Presidenta
Fundación Henry Dunant América Latina

Una mirada crítica sobre los Derechos Humanos: hacia un enfoque universal

*Juan Martín Almejún**

RESUMEN

El presente trabajo persigue el acercamiento disciplinar entre el derecho, la antropología y la historia para abordar, desde una mirada crítica, la génesis y el alcance del concepto de «Derechos Humanos» que se entiende es concebido desde una mirada eurocentrista que descarta las cosmovisiones de otras latitudes. La ambición de éste breve análisis de corte exploratorio-descriptivo es incorporar ese espíritu totalizador y ecuménico que ha de tener un estudio integral de la conceptualización de los Derechos Humanos: desde el convencimiento de que una resemantización crítica constituye un aporte para redefinir y repensar historias, estructuras y construcciones. Además, se trata de una herramienta de inmenso valor para el Derecho del siglo XXI que debe erigirse como una disciplina capaz de comprender y acompañar el desarrollo y cambios del hombre moderno, ubicándolo al mismo en el centro de los acontecimientos.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina en la Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil. Tutor de tesina: Claudio Millacura S. Diplomado Derechos Sociales, Políticas Públicas y Gestión Global 2015-2016.

1. Introducción

El presente trabajo persigue el acercamiento disciplinar entre el derecho, la antropología y la historia para abordar, desde el método exploratorio-descriptivo, el origen y el alcance del concepto de «Derechos Humanos» y preguntarse: ¿son una categoría teórica efectivamente universal o su génesis evidencia que los denominados «Derechos Humanos» constituye una visión occidental de lo que se conoce como tal? Al respecto, como primera aproximación, se sostiene que los mismos han sido concebidos desde el eurocentrismo¹ que descarta las cosmovisiones de otras latitudes.

La ambición de éste breve análisis es incorporar ese espíritu totalizador y ecuménico que ha de tener un estudio integral de la conceptualización de los Derechos Humanos: desde el convencimiento de que una resemantización crítica constituye un aporte para redefinir y repensar historias, estructuras y construcciones. Además, se trata de una herramienta de inmenso valor para el Derecho del siglo XXI, que debe erigirse como una disciplina capaz de comprender y acompañar el desarrollo y cambios del hombre moderno, ubicándolo al mismo en el centro de los acontecimientos.

El estudio crítico que aquí se pretende efectuar incluyó para su elaboración el relevamiento y análisis de los modelos de derechos humanos y los sistemas existentes, el estudio de los diversos instrumentos jurídicos y el examen del paradigma occidental dominante y sus premisas

para arribar a las conclusiones parciales y en constante desarrollo aquí expuestas.

El carácter «crítico» del presente *paper* se explicita en el marco teórico-conceptual (enfoque, obras y autores) desde el que se propone esta problemática, se aborda, desarrolla y concluye. Así como se entiende que las humanidades y las ciencias sociales deben ser emancipadoras, desde el campo jurídico se persigue con pequeños aportes alineados con la teoría crítica, superar la visión reductivista-normativista excluyente del derecho.

2. Contexto de investigación

Son varias y complejas las realidades que la humanidad atraviesa: se asiste a una crisis de sentidos, de conciencia y de toma de la misma. Se trata de una situación que se reputa universal, un quiebre de la relación y los fines. En dicho sentido enuncia Augé que:

«La crisis de conciencia planetaria concierne a nuestro lugar en el universo: sabemos ahora que vivimos sobre un planeta infinitamente pequeño en un universo infinitamente grande (...) un planeta frágil, por lo demás, y al que nosotros tratamos mal» (AUGÉ, 2014).

Evidentemente, el intercambio constante de ideas, realidades, personas y culturas está poniendo en juego los paradigmas existentes no solo en las relaciones entre comunidades, sino también en los vínculos interpersonales y las relaciones entre países. Las tensiones ocasionadas por esta expansión de la diferencia han puesto en evidencia que la globalización –que instituye un momento del proceso, tal vez de culminación o transición, de desarrollo histórico del patrón de poder eurocéntrico- lejos de poder igualar y estandarizar a las personas, visibilizó

¹ Eurocentrismo como perspectiva de conocimiento cuya elaboración sistemática comenzó en Europa Occidental antes de mediados del siglo XVII, aunque algunas de sus raíces son sin duda más viejas, incluso antiguas, y que en las centurias siguientes se hizo mundialmente hegemónica recorriendo el mismo cauce del dominio de la Europa burguesa. Su constitución ocurrió asociada a la específica secularización burguesa del pensamiento europeo y a la experiencia y las necesidades del patrón mundial de poder capitalista, colonial/moderno, eurocentrado, establecido a partir de América. (QUIJANO, 2000).

marcadas diferencias. Los métodos de producción y transmisión del conocimiento, así como las ciencias en todos sus ámbitos, están siendo repensadas para poder dar respuestas a los nuevos acontecimientos.

Como se afirmó con anterioridad, el ser humano está cambiando drásticamente, y con él, el modo de conectarse y organizarse. No es solamente el mundo el que se está transformando, sino que, además, y principalmente, son los individuos los que lo están haciendo.

En ese contexto global las naciones occidentales retroceden en poder frente a las naciones asiáticas que cada vez son más importantes en materia política, militar y económica. Los países islámicos se ven atravesados por conflictos que propagan el extremismo por el mundo y conllevan al movimiento de masas migratorias que escapan de la guerra con destino a Europa donde son resistidas, cuando no, expulsadas.

Todos estos acontecimientos conllevan al surgimiento de expresiones políticas radicales que se basan en la reafirmación del valor de sus propias culturas que se encierran, producto del miedo y de la xenofobia, en sus cada vez más férreas fronteras.

Esta coyuntura pretende, en primer término, analizar los sistemas de Derechos Humanos existentes en el mundo, para luego referirse a los valores y conceptos que se erigen como ficciones que van mermando ante una nueva perspectiva y su concepción

Existe una pluralidad de modelos de Derechos Humanos alternativos al europeo, pese a ello, diferentes acontecimientos históricos como el colonialismo, la conquista de América y la construcción ideológica de la modernidad ponen en evidencia que es la relación de dominación que Europa ha trazado a través de la *modernidad eurocentrista* la que ha privado

todo este tiempo de la posibilidad de concebir los derechos fundamentales desde otra óptica que no sea esta.

Acomodados a la idea de que el modelo europeo es único se produce una repetición y propagación del mismo que responde a un interés colonizador del pensamiento por parte de los países centrales. Tomar conciencia de esa situación pone en el compromiso de intentar –en la medida de las posibilidades– adaptar las herramientas de comprensión y ampliar los marcos teóricos para acompañar el proceso de transformación del conocimiento del hombre: sus valores, creencias y derechos.

3. Un modelo de derechos humanos para cada civilización: breve reseña histórica y jurídica

Los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno que surge progresivamente a partir del tránsito a la modernidad. Estos suponen la respuesta del Derecho a las necesidades básicas de los individuos y de las comunidades y son, en la cultura jurídica y política moderna, un instrumento de organización social. No cabe duda que la historia del mundo lo es también de las civilizaciones y es en esta constante disputa entre ellas que algunas se han impuesto sobre otras en una cuestión de valores, ideas y modos de organización social.

Si bien existen diversos modelos y sistemas de Derechos Humanos en la tierra, el modelo más expandido ha sido el europeo-occidental. Ello se debe a que en el periodo de la Modernidad –que se inaugura con la conquista de América– se produjo la consolidación del proceso de eurocentrismo del capitalismo, en donde se ha impuesto una visión del mundo desde la mirada europea² que alcanza sus actuales

² Dicha mirada contempla además del modelo económico, los modos de producción del conocimiento vinculado estrechamente al concepto de razón.

rasgos definitorios a fines del siglo XVIII y es admitido durante el siglo XX como el modelo mundialmente hegemónico.

3.1 El modelo occidental-europeo, el denominado “Universal”

Debe tenerse en cuenta a qué se hace referencia al hablar de *Occidente*. Complejo es en la realidad actual determinar brevemente una precisión sobre lo que se considera civilización occidental, aun así, puede establecerse una aproximación al mismo señalando que Occidente lo conforman aquéllos países del oeste cuya influencia filosófica, ideológica y política tienen su raíz en Grecia y Roma, así como un arraigo principalmente cristiano. Valores reproducidos asimismo con los del Renacimiento y la Ilustración, tienen lugar en: los países que conforman la Unión Europea, Noruega, Suiza, Islandia, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica.

Se entiende que la división entre Occidente y Oriente solo sirve a efectos de poder establecer una categoría de análisis (SAID, 1990) que permita comprender el actual contexto multicultural y conflictivo en donde conviven diferentes comunidades con diferentes credos, organizaciones, leyes y tradiciones.

Hecha esa primera aclaración, puede continuarse el desarrollo conceptual aseverando que los Derechos Humanos en su génesis tienen una raíz netamente europea. Por una cuestión de delimitación este análisis se centrará en dos instrumentos que se encuentran significativos para el desarrollo del presente apartado: la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» y la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», que se produjo en el mismo contexto de surgimiento del sistema de protección internacional de los Derechos Humanos.

La **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** es considerada como el mayor legado de la Revolución Francesa. Fue concebida en 1789 y expone en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Tales derechos naturales e imprescriptibles son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Establece que el origen de toda soberanía radica esencialmente en la nación; que aquello no prohibido por la ley no puede ser impedido y que nadie puede ser obligado a llevar a cabo algo no demandado por la ley; que la ley es la expresión de la voluntad general; que ninguna persona puede ser acusada, detenida o encarcelada sino en los casos determinados por la ley, promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada; establece la libertad religiosa y la libertad de opinión y de publicación de ideas y el derecho de la sociedad a pedir cuentas a todo agente público de su administración. Esta proclamación será para los movimientos constitucionalistas una fuente de inspiración.

No obstante, se halla aquí el primer obstáculo para una interpretación extensiva de los Derechos Humanos centrado en el concepto de *igualdad de los hombres*, así como el afianzamiento del modelo de pensamiento iusnaturalista racional y el liberalismo individualista, que sin lugar a dudas ha impregnado muchas cartas magnas de los países occidentales, como por ejemplo las Constituciones escritas de Francia de 1848 (de corte republicano) o la de España 1812 (de corte monárquica).

Ya entrando en el siglo XIX otros sucesos históricos jugaran un rol importante en el surgimiento de los Derechos Humanos tal y como hoy se conocen. Vale mencionar las Guerras de la Independencia de América Latina, la aparición del Manifiesto Comunista, la reelaboración de la teoría marxista clásica,

la aparición de la encíclica *Rerum Novarum* (donde se reconoce la seriedad del problema social) y la evolución del Estado Liberal que trae consigo el pase del constitucionalismo clásico al social, que incorpora los derechos económicos, sociales y culturales y se adentra en el siglo XX.

El surgimiento y culminación de la Primera Guerra Mundial trajo consigo el nacimiento de la Sociedad de Naciones, organismo internacional creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919 el cual propuso –con escasos resultados- establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales.

Posteriormente con el avenimiento de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y los horrores en ella producidos y conocidos al finalizar, se produjo la creación de las Naciones Unidas (en un contexto de fuerte polarización internacional como lo fue la Guerra Fría) y la conformación de sus organismos.

En el seno de la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948 se aprobó el documento titulado “**Declaración Universal de los Derechos Humanos**” (Resolución 217A) que consagra, tal como invoca su preámbulo, a la libertad, la justicia y la paz como presupuestos básicos de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Nuevamente referirá al criterio que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia. Dicha declaración fue aprobada por: Afganistán, Argentina, Australia, Bélgica, Birmania, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, China (Taiwán), Colombia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estados Unidos, Etiopía, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Holanda, India, Irak, Irán, Islandia, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Pakistán, Panamá,

Paraguay, Perú, Reino Unido, Siria, Suecia, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela. Contó con las abstenciones de: Arabia Saudí, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Sudáfrica, URSS, Ucrania y Yugoslavia y ningún voto en contra.

Lo llamativo es que el sistema europeo de Derechos Humanos y sus instrumentos son los que se inscriben bajo el concepto de la *universalización*, que no deja de ser simbólico, tal y como quedó demostrado al momento de sus respectivas aprobaciones. La ONU contaba con menos miembros que los que tiene hoy (193 Estados soberanos) y muchos de ellos estaban profundamente influenciados en términos económicos, políticos e ideológicos por las potencias occidentales.

3.2 El modelo Interamericano

América Latina presenta una realidad compleja: el proceso de colonización, así como las fuertes influencias migratorias en algunos países del continente, han construido las sociedades desde una artificial imagen y semejanza a Europa que puso en la invisibilidad elementos tales como las culturas indígenas y las raíces auténticas.

La historia del poder colonial tuvo dos implicaciones decisivas: los pueblos fueron despojados de sus propias y singulares identidades históricas y la nueva identidad racial, colonial y negativa, implicó el despojo de su lugar en la historia de la producción cultural de la humanidad. Como bien señala Quijano, aplicada de manera específica a la experiencia histórica latinoamericana:

«(...) la perspectiva eurocéntrica de conocimiento opera como un espejo que distorsiona lo que refleja. Es decir, la imagen que encontramos en ese espejo no es del todo quimérica, ya que poseemos tantos y tan

importantes rasgos históricos europeos en tantos aspectos, materiales e intersubjetivos. Pero, al mismo tiempo, somos tan profundamente distintos. De ahí que cuando miramos a nuestro espejo eurocéntrico, la imagen que vemos sea necesariamente parcial y distorsionada. Aquí la tragedia es que todos hemos sido conducidos, sabiéndolo o no, queriéndolo o no, a ver y aceptar aquella imagen como nuestra y como perteneciente a nosotros solamente. De esa manera seguimos siendo lo que no somos. Y como resultado no podemos nunca identificar nuestros verdaderos problemas, mucho menos resolverlos, a no ser de una manera parcial y distorsionada» (QUIJANO, 2001).

Difícil es atreverse al abordaje de la historia de colonización territorial, intelectual, económica, y cultural de América Latina. Sin embargo, debe señalarse que actualmente se aprecia – por ejemplo: en estudios de universidades, artículos de divulgación, discursos y reclamos de diversos referentes sociales de la región– una incipiente toma de conciencia de lucha por la preservación de la identidad cultural, que difiere de los modelos implantados por los colonizadores y persigue el fortalecimiento de la construcción cultural. Sin embargo, lo avanzado y conquistado en términos de derechos políticos y civiles, es una necesaria redistribución del poder, de la cual la descolonización de la sociedad es presupuesto y punto de partida.

Hechas esas salvedades y adentrándose en el análisis jurídico, es necesario afirmar que el sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene su origen con el nacimiento de la Organización de Estados Americanos, que constituye una organización internacional de ámbito regional y continental creada el 30 de abril de 1948, con el objetivo de ser un foro

político para la toma de decisiones, el diálogo multilateral y la integración de América. En ese contexto es que se creó la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José (Costa Rica) y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. La CADH que es fruto del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha sido ratificada por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Uno de las problemáticas que se suscitan en torno a este modelo radica en el papel que cumple la OEA en la región. Muy cuestionado históricamente, su rol consistió en ser un instrumento importante usado por los Estados Unidos para sus intereses (pese a no haber ratificado la CADH). En paralelo se vislumbra un mayor sentido de pertenencia e identificación con la esencia latinoamericana en los países que integran el continente, así como una mayor vocación por constituir una identidad propia que incluya en ese esquema a Cuba, quien había sido expulsada de participar en la OEA por órdenes de Estados Unidos en 1962, y que desde 2009 está siendo delineado el camino para su reinclusión. No obstante, mientras no sea posible descolonizarse de la imagen eurocéntrica, los organismos correrán el riesgo de ser funcionales al proceso que están asistiendo: la reconcentración del control del poder en el capitalismo mundial, con la gestión de los mismos funcionarios de la colonia del poder.

La descolonización es el piso necesario de toda transformación social profunda que conduzca a una real «integración» como pueblos, y a una redefinición y revalorización

de las raíces e instrumentos normativos aplicables a las realidades propias de América y sus necesidades.

3.3 El modelo asiático

Actualmente no existe un tratado para la promoción de los Derechos Humanos que cubra la región de Asia y el Pacífico. Al ser la misma tan extensa y heterogénea es difícil alcanzar la voluntad política para establecer un tratado y sistema integral. Pese a ello, han surgido iniciativas como la **Carta Asiática de los Derechos Humanos** creada el 17 de mayo de 1998 en Gwangju (Corea del Sur) por diversas ONGs, que, si bien no es un documento vinculante para los Estados, representa una importante contribución para el debate de la materia.

La CASDH sostiene, a primera vista, el concepto universal de los Derechos Humanos y señala que cada persona está facultada a ellos por el hecho de ser un ser humano. Las tradiciones culturales afectan la manera en que una sociedad organiza las relaciones dentro de sí mismo, pero no disminuyen desde el universalismo de los derechos, principalmente con la relación de los ciudadanos con el Estado y la inherente dignidad de las personas y los grupos. Igualmente establece los antecedentes históricos de su creación y la coyuntura de la misma al expresar en su preámbulo que:

«Por un largo tiempo, especialmente durante el periodo colonial, los pueblos de Asia sufrieron graves violaciones a sus derechos y libertades. Hoy, grandes sectores de nuestros pueblos continúan explotados y oprimidos en muchas de nuestras sociedades están desgarradas por el odio y la intolerancia. Cada vez más, las personas se dan cuenta de que la paz y la dignidad son posibles solo cuando los derechos iguales e inalienables de todas

las personas y grupos son reconocidos y protegidos. Están decididos a asegurar la paz y la justicia para ellos y para las próximas generaciones a través de la lucha por los derechos humanos y libertades. Con este fin, adoptan esta Carta como una afirmación de la voluntad y las aspiraciones de los pueblos de Asia para vivir en paz y dignidad» (CARTA ASIÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1-8).

Mucho se ha dicho sobre la diferencia existente entre el mundo occidental y los valores asiáticos, al punto de ocasionar este tópico una controversia. Algunos estudiosos de la temática sostienen que los valores asiáticos forman un núcleo compartido por diferentes naciones y etnias de Asia, en el que los que la comunidad prevalece sobre el individuo y, por lo tanto, el orden y la armonía social están por encima de la libertad particular. Su fuente filosófica se basa en las teorías de Confucio, y el principal rasgo de los mismos consiste en concebir la lealtad hacia la familia y el respeto hacia el gobernante como dos pilares de conducta básicos, así como se hace hincapié en valores del trabajo y la disciplina.

La cuestión tuvo sus implicancias en la esfera política en 1990 cuando países como Malasia, Indonesia y Singapur consideraron los Derechos Humanos como relativos, oponiéndose a la universalidad, al punto que en 1991 el gobierno de Singapur presentó su versión de los valores asiáticos en su «Libro Blanco» en el que enarbolaba dos lemas que conforman el eje de esta visión: «La nación viene del grupo, la sociedad está por encima del Yo» y «Consenso en lugar de controversia». Como señala en su artículo «¿Valores asiáticos como ideal de civilización?» la investigadora Eun-Jeung Lee:

«No es extraño que surjan conflictos entre los defensores de los valores asiáticos y los gobiernos occidentales,

que desde hace algunos años imprimieron el lema «respeto de los derechos humanos» en la bandera de su política exterior. Además, los defensores de los derechos asiáticos cuestionan los motivos de Occidente y acusan a los gobiernos occidentales de mantener una doble moral, y de usar los derechos humanos únicamente como un medio para imponer sus intereses económicos y de seguridad. Para ellos la política occidental de derechos humanos es una «política imperialista disimulada». Ello se evidenció en la Conferencia sobre los Derechos Humanos celebrada en Viena a mediados de 1993 donde «(...) diversos gobiernos asiáticos acusaron a Occidente de utilizar los derechos humanos para entrometerse en los asuntos internos de otros países y de no tomar en consideración las condiciones económicas, sociales y culturales del mundo en desarrollo. No obstante, hasta ahora estos gobiernos tampoco han podido ofrecer derechos humanos «asiáticos» alternativos que armonicen con las tradiciones y realidades de sus países » (LEE, 1998).

Si bien no es correcto alegar estar en presencia de una vuelta de página al debate sobre los valores asiáticos y el relativismo cultural, ha habido diferentes avances en materia de Derechos Humanos con posterioridad a dicha polémica producida en los años 90. En ese sentido cabe mencionar, por ejemplo: la Declaración de Bangkok de 1993, el Seminario de Teherán de 1998, el Seminario de Beirut de 2002, el Seminario de Islamabad de 2003, y más recientemente la firma de la **Declaración Asiática de Derechos Humanos** el 18 de noviembre de 2012 por los diez Jefes de Estado de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático que simboliza la voluntad política de la ASEAN de establecer

condiciones ecuanímes en materia de Derechos Humanos para la región.

3.4 El modelo africano

Puede establecerse como punto de partida para el estudio del modelo africano la aprobación de la **Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos** el 27 de junio de 1981 en Nairobi, en el marco de la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana. La misma reconoce en sus artículos el derecho al medio ambiente, el derecho a los recursos naturales y al desarrollo de los pueblos. La CAfDH es un instrumento vinculante que engloba tanto derechos civiles como políticos, culturales, económico y sociales y establece que todos los Derechos Humanos son interdependientes e indivisibles no siendo factible la priorización de unos sobre otros.

Interesante es la visión planteada en la CAfDH cuando en su preámbulo reza:

«Tomando en consideración las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deberían inspirar y caracterizar su reflejo en el concepto de derechos humanos y de los pueblos» (CARTA AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS).

En tanto, esta visión contrasta seriamente con el concepto individual y liberal planteado en el modelo europeo, de allí la especial atención que debe prestarse a la realidad africana. Esto coincide con lo referido por la Directora de Ediciones Internacionales del diario *Le Monde Diplomatique*, Anne-Cécile Robert en una reciente entrevista donde comenta:

«Occidente ha construido su desarrollo sobre dos valores: el individualismo y la acumulación de riquezas. África es, desde hace siglos, un poco lo opuesto.

En vez de individualismo, desarrolla el sentido de la comunidad; en lugar de optar por la acumulación de la riqueza, se opta por la repartición y la redistribución. Todas las sociedades tradicionales africanas desde la Edad Media están basadas en el sentido del grupo y en la idea de que la acumulación de riquezas es válida únicamente cuando se reparte entre toda la comunidad. (...) Se percibe que en África hay un cuestionamiento sobre los valores, y la cuestión de qué es el desarrollo, qué significa y cuáles son sus consecuencias en las sociedades y en la vida de la gente» («África cuestiona nuestro modelo...», 2015).

Esa misma reflexión cabría hacerla contrastando y analizando la visión africana de la persona, el modo de vida, el alcance individual y colectivo de sus derechos, la relación con la tierra y su entorno y las características de un sistema de derechos humanos acorde al espíritu tribal de un gran número de comunidades africanas y su pueblo.

3.5 El Modelo Islámico

Este modelo es probablemente el más controvertido ya que constantemente se cuestiona el cumplimiento de los Derechos Humanos por parte de los pueblos islámicos. Lo cierto es que, en principio, hay que hacer una disquisición que parece una obviedad pero es necesaria: al hablar de las culturas islámicas o las culturas orientales debe considerarse la existencia, desde un punto de vista cultural e incluso ideológico, de la contraposición generada por Europa a costa de Oriente en torno a su propia imagen, su idea, personalidad y experiencia. Existe un discurso que se apoya en sus instituciones, un vocabulario, unas enseñanzas, unas

imágenes, unas doctrinas e incluso unas burocracias y estilos coloniales. Es un discurso que se produce y existe en virtud de un intercambio con el poder político, como el estado colonial o imperial; intelectual, como las ciencias predominantes: la lingüística comparada, la anatomía o cualquiera de las ciencias de la política moderna; con el poder cultural, como las ortodoxias y los cánones que rigen los gustos, los valores y los textos; con el poder moral, como las ideas sobre lo que *nosotros* hacemos y *ellos* no pueden hacer o comprender del mismo modo.

En consecuencia y como ya se señaló en anteriores trabajos³, *Oriente* constituye un ideal que ha sido destruido y reconstruido infinidad de veces hasta la actualidad y que en ello han tenido un rol importante las naciones imperialistas como Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos. Países sin los cuales no puede comprenderse la complejidad del fenómeno.

En el siglo XXI se asiste a una conciencia colectiva signada por el prejuicio, el desconocimiento y la discriminación en occidente hacia la cultura islámica. Las acciones de ciertos grupos radicales han tenido como directa consecuencia un enorme impacto simbólico que visibilizó, ya sin ningún tipo de diplomacia ni sutilezas, un conflicto de intereses que desde antaño existía y que para edificarse se nutrió del prejuicio.

Efectuadas las anteriores disquisiciones, cabe destacar que en los países islámicos han surgido diferentes iniciativas en pos de positivizar los Derechos Humanos. Como primer antecedente debe mencionarse la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos que fue creada en 1981 por el Consejo Islámico de Europa, ONG con

³ Ver ALMEJÚN, Juan Martín. (2015). "Hacia una comprensión de la relación entre Oriente y Occidente a la luz de la obra *Orientalismo* de Edward Said: contribuciones iniciales". En "XV Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política". Mar del Plata: UNMDP.

sede en Londres y cuyo texto no tiene fuerza vinculante en la región, sin embargo, constituye un intento válido. Seguidamente, en 1994 se crea la Carta Árabe de Derechos Humanos por la resolución N° 5.437 del Consejo de la Liga de Estados Árabes. Será en 1990 que se aprobará la **Declaración de los Derechos Humanos en el Islam** en la Conferencia del Cairo, adoptada por la Organización de la Conferencia Islámica en su resolución N. 49/19-P y representa el mayor instrumento disponible por dichos países en la materia.

La DDHI es producto de la existente crítica de países como Sudán, Pakistán, Irán y Arabia Saudí que entendían que instrumentos como la DUDH eran insuficientes a la hora de poner en consideración las tradiciones, riqueza y bagaje religioso y cultural islámico que poco tiene que ver con Occidente. Atento a este acontecimiento, queda abierto el interrogante acerca de si la concepción occidental en sus preceptos judeo-cristianos no distan de la visión islámica y si aquella no contraría algunos elementos de la ley islámica que la hace incompatible.

Por su parte, no se desconoce ni se niega en el presente trabajo, las graves denuncias existentes en muchos países islámicos en materia de derechos, libertades individuales, religiosas, políticas, sexuales entre otras.

4. ¿Un concepto de derechos humanos?

Aun habiendo sido puesta en evidencia la existencia de diversos modelos en el mundo, no puede establecerse un concepto transversal de Derechos Humanos conforme cada una de esas perspectivas. Para ello sería necesaria una reconsideración del modelo existente, lo que implicaría la ruptura del criterio eurocentrista –para el cual la modernidad y la centralidad es Europa y todas las otras culturas son su periferia- para dar

paso a una visión más plural y diversa que contemple las realidades existentes en el globo y deje de lado la mirada única sobre los derechos fundamentales.

Es innegable que a lo largo de la historia han existido diversas fundamentaciones de los derechos humanos (iusnaturalista, historicista, ética) y que el hombre se ha determinado a través de diversos comportamientos, acuerdos y pautas culturales y sociales.

Occidente ha logrado encontrar ese orden en la racionalidad, establecida con la Modernidad, propia del sentido que se construye de forma compartida con otros hombres, convirtiendo a cada uno de sus individuos en *homo juridicus* que es una manera ideal de unificación del ser, evitando reducirlo a su estado biológico y mental, garantizando la personalidad jurídica de todo hombre y en todo lugar, esquivando la cosificación de la persona.

No obstante, es imperante superar ese criterio ideológico porque, como señala Dussel, es necesario negar la inocencia de la Modernidad y afirmar la Alteridad del *Otro*, negado antes como víctima culpable. Ello permitirá *des-cubrir* por primera vez la otra cara oculta y esencial a la modernidad: el mundo periférico colonial, el indio sacrificado, el negro esclavizado, la mujer oprimida, el niño y la cultura popular alienadas... Las «víctimas» de la modernidad como perjudicadas de un acto irracional, contradicción del ideal racional de la misma Modernidad (DUSSELL, 2001). Una nueva definición de los derechos fundamentales basados en una perspectiva distinta.

Desde la DUDH se utiliza el concepto de *homo juridicus* como modelo de hombre de los derechos humanos. Un hombre que posee características inherentes a su condición: como la libertad y la igualdad en dignidad y derechos. Que es consciente y racional (DUDH Art.1), radicando ahí su naturaleza. Esta definición popularmente conocida, y universalmente distribuida, entra

inmediatamente en tensión con otras visiones alternativas, como el concepto que se establece del hombre en regiones africanas, donde se prioriza no solamente al individuo sino una necesaria existencia del mismo de manera colectiva (se prioriza la colectividad). Tal es así que la CAfDH no solo refiere a los derechos del individuo sino a la visión colectiva de los pueblos, de allí, la valoración que se hace de los DDH entendidos no solamente como una representación propia del *homo juridicus* sino como una representación del hombre inmerso en su pueblo, casta y colectivo.

Por su parte, esta visión también contrasta con la de los países islámicos donde todos los derechos y libertades del hombre radican en la dignidad concedida por Dios, quien es considerado único legislador, por lo que el hombre no puede acceder a la libertad sino confesando su impotencia frente a Él.

Así como en occidente los derechos del hombre se fundan en el estado de naturaleza y el derecho natural, en el Islam se fundan en la teoría de la *fitra*: disposición divina de carácter innato en el hombre a la unidad de su sumisión antes un mismo Dios, un mismo ideal y norma esencial entablar relaciones con un campo como la antropología que permita efectuar un recorrido por la totalidad de la narración y no solamente la parte que se ha ido reproduciendo. Más allá de buscar el significado en el lenguaje, lo que se pretende es que el mismo adquiera sentido a través de la descripción del contexto: es allí donde aparece el rasgo transdisciplinario, tal como lo expresa Foucault.

5. Las ficciones de los derechos humanos

5.1 Igualdad

La igualdad es un típico logro del pensamiento occidental, la premisa que todos los hombres son iguales no significa otra cosa que desconocer la existencia de diversidad, diferencias y particularidades de cada individuo. Nadie puede negar el rol preponderante que este precepto ha tenido en el desarrollo del mundo moderno, sobre todo en materia de derechos civiles, políticos, culturales, para aquellas comunidades que eran rechazadas. La cuestión está en determinar hasta qué punto la igualdad pretendida no pende de un hilo, pues entendida de forma categórica y aritmética lleva necesariamente a entender la dificultad de convivir y pensar de la misma forma a todos.

El individuo se vuelve una masa permeable y normalizable capaz de ser encasillada en parámetros necesarios para el capitalismo y el mercado. La cultura de estos hemisferios, lejos es de ser netamente *propia*, sino que se remonta al occidente europeo y norteamericano. Es por ello que en este mundo donde todo se reduce a lo más mínimo, a lo fácil y a lo concreto, se hace

«No se trata de neutralizar el discurso, lo que se quiere es dejar de lado las cosas. Des-presentificarlas⁴. Sustituir el tesoro enigmático de las cosas, previas al discurso, por la formación regular de los objetos que solo en él se dibujan. Definir estos objetos refiriéndolos al conjunto de reglas que permiten formarlos como objetos de un discurso, no al análisis lingüístico de la significación, sino a relaciones que caracterizan una práctica discursiva.

⁴ Más allá de la relación significante-significado, sino su relación con la realidad.

Es decir, no tratar los discursos como conjuntos de signos (de elementos significantes que remiten a representaciones o contenidos) sino como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan» (FOUCAULT, 1970).

Existe diversidad de culturas, modos de relaciones, idiosincrasias, géneros, sentires, razonamientos, lenguas, prácticas, creencias, sexualidades y todas integran en cierto sentido *al otro*, y ese simple hecho amerita su estudio no desde una perspectiva excluyente sino inclusiva y reflexiva.

5.2. Universalidad

Los Derechos Humanos constituyen para algunos un faro que señala un horizonte posible universal, mientras que para otros es una herramienta que nace en la cuna de los países centrales con el fin de impartir su hegemonía y consigo la dominación. La existencia de esta tensión obliga a efectuar una distinción acerca de la forma en que opera el universalismo. Al respecto Cipriano señala:

«El universalismo operaría como el dispositivo ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión que paradójicamente puede asumir dos formas en apariencia contradictorias: el universalismo antidiferencialista -negación de las diferencias- y el universalismo diferencialista -absolutización de las diferencias-. El universalismo por negación impide la comparación y homogeneiza las diferencias; el universalismo por absolutización se evidencia por la norma del relativismo que torna inviables las comparaciones. Las políticas de los derechos humanos desde su enunciación normativa hasta sus prácticas, se enarbolan sobre un

universalismo antidiferencialista pretendiendo, en su misión y fines, asimilar a “los diferentes” y presentándose como políticas de inclusión y reconocimiento, por caso los pueblos originarios, comunidades indígenas, etc.» (CIPRIANO, 2015).

De allí que el carácter antidiferencialista representa un obstáculo enorme a la hora de poder dotar a los Derechos Humanos de un cariz netamente universal, entendido como tal, un criterio diverso en sus matices, pero claro en su interpretación de estándares elementales de dignidad humana y valoración de la vida, la libertad y demás características necesarias para el óptimo desarrollo y felicidad de la especie. A su vez, este apartado invita a una breve reflexión: ¿dependen los Derechos Humanos de rasgos de las culturas e historias locales que las declaraciones universales ignoran? Ello proporciona una clave en términos de solución posible a esta problemática, y es que es la cultura y la interpretación la que puede sortear éste obstáculo: la misma se erige como una categoría teórica esclarecedora entre las diferentes formas de desigualdad y de la exclusión de las diferencias (CIPRIANO, 2015).

Por otro lado, si de interpretación se habla, es esperable que los Derechos Humanos evolucionen en su interpretación de la mano de los cambios geográficos, históricos, sociales y políticos, lo que permite que los pueblos no-occidentales también se sientan involucrados y abrazados por ellos y no consideren a los mismos como un constructo ajeno y un dogma impuesto, sino más bien como una construcción colectiva donde quede poco espacio para las afirmaciones de una verdad absoluta como base de una teoría de los Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿de dónde nace ese temor a los Derechos Humanos como dominación? Lo cierto es que son insoslayables los hechos

políticos en la historia reciente donde las naciones colonizadoras como Francia, Gran Bretaña, Alemania y también Estados Unidos han apartado a la diplomacia internacional para suplantarla por la intervención armada mediante el uso de los Derechos Humanos. Ello posiciona a la sociedad en una disyuntiva en tanto el hiperbolizado término *Derechos Humanos* corre el riesgo de ser herramienta para la imposición por las armas que históricamente realizó cada gran Estado-nación, esta vez bajo la creencia en el valor de la universalización de los derechos que convierte a países como Estados Unidos en mensajeros y garantes de propagar el bien sobre la tierra cuando desde hace décadas se viene patrocinando esta noble causa en pos de otras más oscuras como es el control estratégico de los recursos naturales y de regiones geopolíticamente influyentes en el desarrollo del mundo próximo. Conforme señala Supiot:

«El vocabulario del Derecho y de los derechos no tiene nada de universal y expresa un sistema de creencias propiamente occidentales. La idea de que el mundo se halla sometido a leyes universales e intangibles es patrimonio de las civilizaciones del Libro. Tanto para un buen musulmán como para Einstein y un neurobiólogo ateo, los hombres están sujetos a leyes inflexibles y nada es más importante, como ya escribiera Maimonides, que el estudio y conocimiento de dichas leyes» (SUPIOT, 2012).

El derecho es el fruto de una larga historia europea que llevo a otorgarle al hombre el control de las leyes que lo gobiernan. El hecho de que los pueblos no-occidentales hayan tomado parte del pensamiento jurídicos proveniente de occidente no significa que se hayan convertido automáticamente en la

misma cultura jurídica. Asimismo, es necesario nunca dejar de tener presente que el concepto de ley y la idea de ésta, cuando no ha sido sencillamente impuesta por una potencia colonial, ha sido importada como una condición necesaria para el comercio con Occidente y de ningún modo como la expresión de valores humanos o sociales (SUPIOT, 2012).

6. Palabras finales

En el desarrollo de este trabajo se ha procurado dar cuenta de la necesidad de aplicar una mirada crítica al concepto de Derechos Humanos para poder efectivamente alcanzar una auténtica mirada universal, entendida esta como una visión que contemple las particularidades de todos los modelos existentes en el mundo y no solo el europeo.

Es imperante emanciparse a la mirada eurocentrista así como reconocer las diversas identidades de los pueblos para poder asumir los nuevos desafíos que el hombre enfrenta desde una nueva óptica plural y tal vez poder arribar a una definición de los Derechos Humanos que englobe la diversidad de realidades y pensamientos existentes en el mundo.

Sin lugar a dudas, lo hasta aquí enunciado no puede más que constituir un acercamiento a la problemática planteada en donde aún quedan muchos interrogantes abiertos tales como determinar si son los Derechos Humanos elemento de interpretación, y en ese caso, si la interpretación de diferentes naciones con respecto a esta situación diferiría a la luz de los parámetros desde el que se analiza, entre otras que, por los límites de éste escrito, obligan a continuar esta investigación para la elaboración de futuros trabajos que continúen lo aquí iniciado.

ABREVIATURAS

DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos del Hombre
CAsDH	Carta Asiática de los Derechos Humanos
CAfDH	Carta Africana de los Derechos Humanos
DDHI	Declaración de los Derechos Humanos en el Islam

BIBLIOGRAFIA

Marco teórico

AUGÉ Marc. (2014). *El antropólogo y el mundo global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.p.91

CIPRIANO, Laura (2015). *Los derechos culturales: un análisis crítico*. (Tesis doctoral inédita). Universidad Nacional de Mar del Plata. Mar del Plata.

DUSSEL, Enrique (2000). *Europa, modernidad y eurocentrismo*. En libro: La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Edgardo Lander (comp.) CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina.

FOUCAULT, Michel (1970) *La Arqueología del Saber*. Aurelio Garzón. Trad . México D.F: Siglo XXI Editores. p. 78.

QUIJANO, Aníbal (2000). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. En libro: La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Edgardo Lander (comp.) CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina.

SAID, Edward W (1990). *Orientalismo*. Madrid. Ediciones libertarias.

SUPIOT, Alain (2012). *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. p.249.

Entrevistas y artículos

- Robert Anne-Cécile. (2015). *África cuestiona nuestro modelo de desarrollo*. 5 de Noviembre , de Blog Mundo Negro Sitio web: <http://mundonegro.es/afrika-cuestiona-nuestro-modelo-de-desarrollo-anne-cecile-robert-directora-de-ediciones-interacionales-de-le-monde-diplomatique>
- LEE, Eun-Jeung. (Mayo-Junio 1998). *¿Valores asiáticos como ideal de civilización?* Nueva Sociedad, 155, 111-125.

Instrumentos normativos

Declaración Universal de los Derechos Humanos
Convención Americana sobre Derechos del Hombre
Carta Asiática de los Derechos Humanos
Carta Africana de los Derechos Humanos
Declaración de los Derechos Humanos en el Islam

Análisis de la incorporación de la perspectiva de género en la política de envejecimiento

*Ingrid Fergusson C.**

RESUMEN

El presente trabajo es una revisión de la Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile (2012-2025), específicamente cómo esta incorpora la perspectiva de género desde una definición amplia, es decir, la integración de la diversidad en el proceso de envejecimiento de hombres y mujeres en un contexto social, cultural e histórico, reconociendo que la calidad de vida en la vejez no es solo resultado de una trayectoria individual, sino que experimenta las consecuencias de las estrategias que define el país para enfrentar el proceso de envejecimiento.

Se realiza una revisión descriptiva de cómo las Asambleas Mundiales de Envejecimiento de Viena (1982) y Madrid (2002), las Conferencias Regionales Intergubernamentales de Chile (2003) y Brasilia (2007), proponen la inclusión en las políticas públicas y planes nacionales del tema de género y cómo esta perspectiva es integrada en la Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile (2012-2025), es decir, se identifica el reconocimiento de la diversidad en el proceso de envejecimiento de hombres y mujeres en un contexto social, cultural e histórico, generando estrategias y programas que disminuyan las brechas, permitiendo la participación e integración en los distintos aspectos de la vida social, cultural y política, enfrentando las condiciones que derivan en discriminación hacia los ancianos y ancianas.

Se concluye que, en la política de envejecimiento positivo para Chile, la variable de género es incorporada en el ámbito de la participación social y en las condiciones desiguales de ingresos de las mujeres marcando el acento en la trayectoria individual de los sujetos.

* Docente de la Universidad Católica del Maule - ifergusson@ucm.cl Tutor de tesina: Dr. Marcelo Piña M. Diplomado Derechos Humanos, Vejez y Políticas Públicas para las Personas Mayores 2014-2015.

Presentación

Chile ha experimentado un acelerado proceso de envejecimiento, generando la necesidad de construir una institucionalidad para enfrentar esta nueva realidad que tiene implicancias no solo en la configuración demográfica, sino que se instala en una nueva perspectiva social, abriendo desafíos que deben ser abordados por el aparato estatal, desarrollando políticas públicas pertinentes a este escenario emergente.

Una de las características de la vejez es la diversidad de las personas mayores como consecuencia de un conjunto de variables que se entrelazan a lo largo del ciclo evolutivo. Se esperaría que una política de envejecimiento diera cuenta de aquellos factores relevantes que derivan de la heterogeneidad y diversidad del grupo objetivo, no solo desde la perspectiva de la edad, sino, también, considerando la variable de género como un elemento estructurante en la vida de los sujetos. Ser persona mayor hombre o mujer, constituyen experiencias y posibilidades distintas de cómo vivir esta etapa.

El presente trabajo es una revisión descriptiva de las Asambleas Mundiales de Envejecimiento de Viena (1982) y Madrid (2002), las Conferencias Regionales Intergubernamentales de Chile (2003) y Brasilia (2007) y de la Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile (2012-2025), focalizado en cómo incorporan la perspectiva de género desde una definición amplia, es decir, identificando cómo se integra la diversidad en el proceso de envejecimiento de hombres y mujeres en un contexto social, cultural e histórico, generando estrategias y programas que disminuyan las brechas, permitiendo la participación e integración en los distintos aspectos de la vida social, cultural y política, enfrentando las condiciones que derivan en discriminación hacia los ancianos y ancianas.

Se propone contribuir a la reflexión en el ámbito de la gerontología social, partiendo de la forma en cómo la intervención con las personas mayores debe necesariamente reconocer que los procesos de envejecimiento obedecen a una trayectoria situada

en el contexto histórico, como sujetos pertenecientes a un género determinado.

Desarrollo

1. Envejecimiento y feminización de la vejez

Es necesario contextualizar la realidad del proceso de envejecimiento en la región y en Chile, a fin de señalar las particularidades de esta transformación. Los antecedentes dan cuenta de que, a diferencia de lo experimentado en los países desarrollados, en América Latina y el Caribe, este proceso de cambio ha devenido de manera más acelerada y en condiciones de mayor vulnerabilidad, producto de las condiciones de pobreza, débil seguridad social y una institucionalidad que no permite asegurar plenamente las condiciones de vida de los envejecientes, observándose realidades muy diversas en la región. El 9% de la población de América Latina y el Caribe son mayores de sesenta años y de ellos el 55% corresponde a mujeres (Huenchuan, 2010). Chile se encuentra en una etapa de envejecimiento avanzado junto a otros países de la región como Argentina, Uruguay y Brasil y de acuerdo a los antecedentes del Censo 2002, tiene una población mayor de 60 años equivalente al 15,6%, de los cuales el 57,3% corresponde a mujeres.

El envejecimiento en Chile, así como en otras naciones, es un proceso diferenciado por sexo. Si bien hombres y mujeres envejecen, no lo hacen de igual manera. La esperanza de vida en el país es de ochenta y dos años para las mujeres y setenta y siete años para los varones (Encuesta de Calidad de Vida, 2013). Esta diferencia aumenta si se observan los tramos de edad más avanzados. El índice de feminidad en la región es de ciento veintiuno mujeres por cien hombres y, en Chile, junto a Uruguay y Argentina, éste aumenta a ciento treinta y ciento cuarenta, con mayor predominio en áreas urbanas respecto a las rurales.

La diferencia en el proceso de envejecimiento de las personas se ve afectado por múltiples variables en el transcurso de sus vidas, algunas relacionadas con aspectos más individuales y otras del contexto social

más amplio: nivel educacional, las condiciones de vida, características culturales que permiten o dificultan la participación social y el acceso a los recursos... Generando así una amplia heterogeneidad en este grupo etario.

El Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (1991) afirmaba que «en todo el mundo las mujeres de edad tienen más posibilidades de vivir en la pobreza que los hombres». En América Latina y el Caribe, «en 8 de 14 países la población adulta mayor que reside en hogares pobres es mayoritariamente femenina», entre ellos Chile. Esta situación mejora en los países de la región con sistemas de seguridad social más sólidos y con un componente importante de pensiones no contributivas como Argentina, Uruguay y Brasil. (Huenchuán, 2010)

Si se atiende a la variable de pobreza, de acuerdo a la Casen (2013), el 14.4% de la población general se encuentra en esa condición y un 4.5% en extrema pobreza (considerando la nueva metodología de evaluación del Ministerio de Desarrollo Social). Al hacer la diferenciación por sexo, a nivel general, las mujeres son más pobres que los varones (4.8% y 4.2% respectivamente). Si la atención se focaliza en la población mayor de sesenta años, las cifras son el 8.4% clasificada como pobre y un 2.0% está en situación de extrema pobreza.

Otro aspecto es la condición de salud con la que se transita a la tercera edad, relacionada con la calidad de vida y niveles de autonomía, entre otros. A modo de grafica este punto, «los hombres mantienen su salud por más tiempo y así sus años de expectativa de vida e independencia activos son mayores» (Katz, 1983 en Huenchuán, 2010). Si bien las mujeres viven más años, también son acompañadas por condiciones de salud que limitan su funcionalidad y, si a esto se añade que son quienes principalmente asumen el rol de cuidado, esta sobrecarga tiene repercusiones negativas en su calidad de vida.

2. Perspectiva de Género

El concepto de *género* permite mirar a hombres y mujeres más allá de las diferencias biológicas y, por tanto, considerar desde lo sociocultural aquellas construcciones dinámicas asociadas al contexto que determinan aquello que es atribuido a lo femenino y lo masculino. Rubin (1986) se refería a «conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana y en el que se satisfacen esas necesidades humanas transformadas». Surge la categoría de género como construcción social o «sexo socialmente construido» (De Barbieri, 1993).

Rubin (1975) plantea el concepto de «sistema sexo/género», definido como «el conjunto de arreglos por los cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de actividad humana». Incorporar esta categoría de análisis abre la posibilidad para «plantear formas de entender o visualizar cuestiones fundamentales de la organización social, económica y política...». Algunos autores señalan la relevancia de estudiar cómo el prestigio articula las relaciones de género y las repercusiones culturales de ésta relación (Ortner y Whitehead, en Lamas 1986). Esta perspectiva abre el análisis respecto a los espacios de participación, a la valoración tanto en el ámbito privado como público de los aportes de hombres y mujeres, y cómo esta construcción social influye en la identidad de las personas en cuantos seres sexuados.

Según De Barbieri (1993), esto permite analizar diferentes escenarios donde se articulan las relaciones de hombre y mujer como una manifestación concreta y cotidiana del sistema sexo/género, a saber: «las tramas de relaciones que orientan las lealtades y solidaridades más elementales entre las personas de sexos y generaciones distintas» (definidas por Rubin como sistemas de parentesco). En lo público, se trataría de la distribución y acceso a los recursos, que se manifiesta en la división social del trabajo y en el sistema de poder, es decir, «cómo se estructura y se ejerce en los espacios reconocidos del mismo».

El PNUD (2010) en su informe respecto a esta temática para Chile, define género como «los atributos sociales y las oportunidades asociadas con el ser femenino y masculino y las relaciones entre mujeres y hombres, niñas y niños, como también entre las mujeres y entre los hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones están construidas socialmente, son aprendidos a través de procesos de socialización, y varían según el contexto social y temporal. El género determina lo que puede esperarse, lo que es permitido y valorado en una mujer o un hombre en un contexto dado». En dicho documento se analizan los avances hacia la igualdad entre hombres y mujeres en cuatro ámbitos, a saber:

- a) Las normas y recursos definidos por las instituciones sociales, tales como: la Constitución y las leyes, las políticas públicas y las reglas de la política,
- b) Los significados, símbolos y legitimaciones elaborados por la cultura, tal como: los significados de las diferencias sexuales, de la pareja o de la violencia,
- c) Las fuerzas del mercado y de los intercambios económicos, que definen hechos tales como: el valor del trabajo de hombres y mujeres, y
- d) Las relaciones de poder en la sociedad, la capacidad de mujeres y hombres para ejercer poder, así como la capacidad de presión de las organizaciones de mujeres o la capacidad de resistencia de otros grupos.

La interrelación de estos cuatro aspectos se expresa en los ámbitos públicos, entendidos como el mundo laboral, las condiciones del mercado, educación, lo político y el Estado; también en las interacciones cotidianas del entorno inmediato, definido como «la esfera privada»; y por último, en la subjetividad como «esfera individual». Si bien ha habido avances hacia la igualdad de género, ésta ha sido heterogénea en los distintos ámbitos y contextos socioculturales del país: se reconoce un aumento de participación en el espacio productivo remunerado de las mujeres, aunque manteniéndose las desigualdades salariales. La incorporación en espacios de poder e influencia

se produce con más dificultades en lo referente al ámbito político. Al parecer es en el mundo doméstico donde las transformaciones son más lentas, con anclajes a una división de responsabilidades asociadas a roles tradicionales de hombre y mujer, independiente de la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado lo que deriva en una sobrecarga. Este rol de cuidado continúa en la adultez tardía.

En el informe del PNUD se afirma que «el concepto de género es inseparable del horizonte normativo de la igualdad, y su realización práctica es inseparable de la política democrática». Es la igualdad de género la aspiración en términos del desarrollo humano. Sin embargo, aparece más presente como elemento de análisis en las etapas de vida más tempranas y la adultez, quedando fuera la vejez.

3. Envejecimiento y Género

El envejecimiento ha sido estudiado en sus inicios desde una visión tradicional, como proceso individual, enfatizando los aspectos biomédicos, donde la concepción del individuo se asocia a una mirada de enfermedad, deterioro y pérdida, especialmente en sociedades industrializadas, donde privilegian el rol productivo/reproductivo, despojando a la vejez de la sabiduría como valor distintivo. Posteriormente se ha cuestionado esta imagen del anciano/a, considerando la heterogeneidad de las personas mayores, donde el contexto social y cultural, así como las historias de vida y sus influencias no normativas incrementan la diversidad, lo que ha permitido complejizar la perspectiva de análisis respecto al proceso de envejecimiento y por lo tanto más que hablar de vejez, pensar en la idea de *vejezes*.

Por otro lado, la segmentación del ciclo evolutivo en etapas es una construcción social en la que se atribuyen características distintivas por el solo hecho de pasar de un estadio a otro. Se defienden roles más o menos estructurados, generando expectativas respecto a las conductas, características, aspiraciones o estilos de vida, no solo desde lo público, sino también en las relaciones más íntimas,

cotidianas y en los aspectos subjetivos, generando patrones de normalidad para cada etapa de la vida.

Aries (1973 en De Barbiere 1993) señala que «las etapas del ciclo de vida al igual que el género son construcciones sociales». Ambas dimensiones se entrelazan y aportan comprensión a las relaciones no solo hombre/mujer, sino las relaciones entre lo femenino y masculino a lo largo del ciclo evolutivo, donde es posible incorporar otras categorías como etnia y/o clase, que no son objeto de este análisis, pero que es necesario de visibilizar a la hora de comprender la complejidad y la diversidad. De Barbiere (1993) añade: «debemos abrirnos a pensar los sistemas de género/sexos no solo binarios, sino también con más de dos géneros, producto de atribuir a las personas en edades y sexos distintos en determinaos momentos de la vida, de posibilidades, deberes, normas de conducta específicos, capacidades de decisión y autonomía diversas».

Ambas dimensiones, género y edad, han sido miradas como categorías independientes y la riqueza que aporta la perspectiva conjunta ha sido desconocida o considerada desde su aspecto más cuantitativo que relacional.

Freixas (1997) señala que «el envejecimiento se trata desde dos planteamientos sesgados»: en primer lugar «partiendo de la consideración de que hombres y mujeres envejecen de forma similar, analizando estos procesos de manera indiferenciada» y, por otra parte, «reconociendo diferencias específicas entre los sexos en el envejecimiento, pero enfatizando como explicación, algunos aspectos como pertenecientes a cada uno de ellos». Cabe el riesgo de reproducir una visión estereotipada de los roles tradicionales de género, enfatizando en los hombres su rol productivo y la pérdida de este en el proceso de jubilación y, en las mujeres, el aspecto reproductivo o de cuidado. Esta autora enfatiza que «la edad cronológica como indicadora de los hitos del desarrollo y en general estas teorías se relacionan más con el proceso masculino y no da cuenta de la vida de las mujeres, para las cuáles la vida adulta implica una gran variedad de modelos de rol, no tan centralmente vinculados a la edad cronológica».

Yuni y Urbano, 2008 comenta: «el envejecimiento no es un fenómeno universal, sino que existen itinerarios y modos de envejecer diferentes para cada cultura, sociedad e incluso, grupos sociales», de ahí la relevancia de la noción de *envejecimiento diferencial*: «varones y mujeres tienen modos diferenciados de envejecer, de concebir el envejecimiento, de afrontarlo y de significarlo».

Las condiciones en las que se envejece en América Latina y el Caribe, tienden a acentuar la inequidad y la débil consideración de la perspectiva de género en las políticas sociales. Además, tiene un mayor efecto negativo en la población femenina (Huenchuán, 2010).

La perspectiva de género en el proceso de envejecimiento debería considerar de manera central las condiciones sociales y culturales en que hombres y mujeres se desarrollan, de tal manera que se contextualice en la realidad local cómo se articulan desde etapas tempranas las relaciones de género y las transformaciones que experimentan en el transcurso de la vida. Deberían incorporarse las características estructurales de la sociedad y la valoración que hacen de las personas en cuanto sujeto sexuado en las distintas etapas, posibilitando espacios y condiciones de desarrollo que tienen efecto a lo largo de la vida y que en la vejez tiende a acentuarse.

4. Perspectiva de género en las políticas sobre envejecimiento

Se considerará la incorporación de la perspectiva de género desde una definición amplia, es decir, cómo se integra la diversidad en el proceso de envejecimiento de hombres y mujeres, considerando que las trayectorias de vida de unos y otros se enmarcan en un contexto cultural y social, bajo determinada estructura económica y política que genera diferencias en la participación de la vida familiar, espacios productivos, toma de decisiones, así como inclusión en los distintos ámbitos de la vida y la igualdad de oportunidades por el hecho de pertenecer al género femenino o masculino. Se

espera que las propuestas en materia de políticas y programas respecto al envejecimiento, contribuyan a corregir o disminuir aquellas condiciones que generen exclusión, discriminación o desigualdad en los ancianos y ancianas más allá de la categoría de edad, etnia o nivel socioeconómico, por el hecho de ser hombres o mujeres.

A continuación, se realizará una revisión de los principales documentos internacionales que abordan la temática del envejecimiento y plantean sugerencias para que los países desarrollen políticas que den respuesta a los distintos desafíos que implican estos cambios demográficos, respetando las realidades locales, finalizando con la Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile.

I. La **Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento**, celebrada en **Viena** el año 1982, señala la relevancia de enfrentar los cambios demográficos, considerando las particularidades en los distintos países. En términos generales, no se hace una alusión explícita a la perspectiva de género a excepción del apartado de Recomendaciones para la Acción al abordar el tema de **familia**:

«Los cambios en la condición de la mujer han reducido su función tradicional de atender a los miembros de la familia de más edad, es necesario que la familia en conjunto, incluidos los varones, asuma y comparta la carga de las tareas del hogar. Las mujeres ingresan a la fuerza laboral y permanecen en ella durante periodos cada vez más largos. Muchas de las que han terminado de criar a sus hijos se encuentran ante el dilema del deseo y la necesidad de trabajar y obtener ingresos, por una parte, y la responsabilidad de atender a los padres ancianos o a los abuelos, por otra.» (pág. 29).

El documento recomienda «preservar la función esencial de la familia y la dignidad, la situación y la seguridad de las personas de edad teniendo en cuenta todos los acontecimientos internos e internacionales que puedan influir en esta situación

de seguridad, son cuestiones que merecen cuidadosa consideración y medidas, tanto por parte de los gobiernos como las organizaciones no gubernamentales. Habida cuenta del mayor número de viudas que de viudos en todo el mundo, deberá prestarse particular consideración a las necesidades y funciones especiales de este grupo» (pág. 30).

La segunda consideración de género se refiere a la seguridad del **ingreso y empleo**, recomendando que: «Deberá prestarse especial atención, dentro del marco de la seguridad social y de los programas sociales, a la situación de las mujeres de edad, cuyo nivel de ingresos suele ser más bajo que el de los hombres y cuyo empleo ha quedado a menudo interrumpido a causa de las responsabilidades que les imponen la maternidad y la familia. A la larga, convendrá orientarse hacia el concepto de derecho propio de la mujer a la protección social» (pág.33).

II. El documento de la **Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Madrid** (2002), señala explícitamente la necesidad de incluir la perspectiva de género en las políticas de envejecimiento, a saber: «Reconocer los efectos diferenciales del envejecimiento en las mujeres y los hombres es esencial para lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres y para formular medidas eficaces y eficientes para hacer frente al problema. Por consiguiente, es decisivo lograr la integración de una perspectiva de género en todas las políticas, programas y leyes» (pág.10).

El Plan define tres áreas prioritarias:

1. **Las personas de edad y el desarrollo**
2. **El fomento de la salud y de bienestar en la vejez.**
3. **Creación de un entorno propicio y favorable.**

Respecto al primer punto, se recomienda en relación a la **participación** activa en la sociedad y en el desarrollo, la necesidad de reconocer el aporte social y económico de las personas de edad, habitualmente

no visibilizado, y al respeto indica: «Es necesario reconocer todas esas contribuciones, incluidas las del trabajo no remunerado que realizan en todos los sectores las personas de todas las edades, y en particular las mujeres» (pág. 14).

Una de las medidas tendientes es lograr el objetivo de participación de las personas mayores en la toma de decisiones, es decir «adoptar medidas para permitir la participación plena e igual de las personas de edad, en particular de las mujeres de edad, en la adopción de decisiones a todos los niveles» (pág. 16).

En el tema de **empleo** y envejecimiento de la fuerza de trabajo, se hace hincapié en observar las condiciones en que las mujeres desarrollan la actividad laboral y las repercusiones en la etapa de la vejez, señalando: «La pobreza y los bajos ingresos durante los años productivos de las mujeres pueden ser a menudo causa de la pobreza en la vejez» (pág. 16). Al respecto sugiere como medida «hacer esfuerzos especiales para incrementar la tasa de participación de las mujeres en situación desventajosa..., reduciendo con ello el riesgo de exclusión o dependencia en una etapa posterior de la vida» (pág. 17).

El documento brinda especial dedicación a la condición de vulnerabilidad del mundo rural: «Las mujeres de edad en las zonas rurales son particularmente vulnerables desde el punto de vista económico, especialmente cuando su función se limita a la realización de tareas no remuneradas de atención de la familia y su propia supervivencia depende del apoyo que reciban de otros.» (pág. 19). Es por esto que recomienda: «velar por que se tengan en cuenta los derechos de las mujeres de edad en las zonas rurales y lejanas en relación con la igualdad de acceso a los recursos económicos y el control sobre dichos recursos» (pág. 20).

En relación al acceso al conocimiento, la **educación** y la **capacitación**, se sugiere como medida para alcanzar el objetivo de igualdad de oportunidades durante toda la vida en materia de educación permanente, capacitación y readiestramiento:

«Lograr un mejoramiento del 50% en los niveles de alfabetización de adultos para el año 2015, en particular para las mujeres, y ofrecer un acceso equitativo a la educación básica y permanente para los adultos» (pág. 22).

Respecto al objetivo de **utilización plena de las posibilidades y los conocimientos de las personas de todas las edades**, reconociendo los beneficios derivados de la mayor experiencia adquirida con la edad, sugiere: «Alentar y apoyar las actividades tradicionales y no tradicionales de asistencia mutua intergeneracional dentro de la familia, la vecindad y la comunidad, aplicando una clara perspectiva de género» (pág. 23).

En el tema de la **feminización de la pobreza**, se plantean medidas especiales, tales como:

- «Garantizar que en las estrategias de erradicación de la pobreza y en los programas con que se aplican se tengan en cuenta expresamente las necesidades particulares de las mujeres de edad, de las personas muy ancianas, de las personas de edad con discapacidad y de las que viven solas». (pág. 25).
- «Elaborar cuando corresponda y en todos los niveles adecuados indicadores de la pobreza relacionados con la edad y el género como medios indispensables para determinar las necesidades de las mujeres de edad pobres y alentar el uso de los indicadores de pobreza existentes para que el examen se lleve a cabo por grupos de edad y género» (pág. 25).
- «Prestar apoyo a los programas innovadores encaminados a habilitar a las personas de edad, en particular a las mujeres, para que aumenten sus contribuciones a las iniciativas de desarrollo y se beneficien de ellas con el fin de erradicar la pobreza» (pág. 25).

Respecto a la **seguridad de los ingresos, protección social/seguridad social y prevención de la pobreza**, se sugiere la medida de «esforzarse por asegurar la igualdad entre los géneros en los

sistemas de protección social/seguridad social» (pág. 26).

Respecto a las orientaciones para el **fomento de la salud y el bienestar en la vejez**, se propone como medida: «Promover una nutrición sana y adecuada desde la primera infancia, prestando especial atención a asegurar que se atienden las necesidades nutricionales particulares de los hombres y las mujeres durante toda su vida» (pág. 33).

En relación a la **creación de un entorno propicio y saludable**, hace referencia a situaciones de abandono, maltrato y violencia, señala que las mujeres presentan mayor riesgo de ser víctimas de estas situaciones: «Las mujeres corren mayor riesgo de ser objeto de maltrato físico y psicológico debido a las actitudes sociales discriminatorias y a la no realización de los derechos humanos del a mujer» (pág. 47).

Se hace especial énfasis en las **imágenes negativas del envejecimiento**: «las mujeres de edad se ven particularmente afectadas por los estereotipos engañosos y negativos...suelen ser representas como débiles y dependientes, lo que refuerza las prácticas excluyentes a nivel nacional y local» (pág. 49).

El Segundo examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, realizado por la comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas (2012), concluye que los avances han sido desiguales en las distintas regiones del planeta e insuficientes para dar respuesta al proceso de envejecimiento de la población. Específicamente en la región de América Latina y el Caribe, el tema de la desigual se reconoce como prioritario, especialmente a lo que refiere a seguridad social, pensiones y acceso a la salud, así como a la necesidad de generar políticas de apoyo a las familias debido a la sobrecarga por las tareas de cuidado. En este sentido, se reconocen los avances respecto al aporte de las pensiones no contributivas que benefician especialmente a quienes han tenido una trayectoria laboral inestable o precaria,

características que son habituales en el trabajo de las mujeres.

A su vez el informe reconoce avances en los derechos humanos de las personas mayores, específicamente en las campañas de prevención del maltrato y desarrollo de programas de intervención a las víctimas, que como sucede en los demás tramos de edad, son mayoritariamente de género femenino. Destaca además los progresos en políticas de participación de las personas mayores como: la creación en Chile de los comités regionales que incluyen a la sociedad civil e instituciones gubernamentales.

Este documento plantea como uno de los desafíos futuros, el énfasis en políticas que propendan la igualdad de género e integración intergeneracional.

- III. La **Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento de Santiago** (2003), se propone incorporar los planteamientos del Plan de Madrid a la realidad de América Latina y el Caribe.

Dentro de las consideraciones generales, destaca que «en el proceso de envejecimiento hay rasgos claros de inequidades de género, etnia y raza que repercuten en la calidad de vida e inclusión de las personas mayores» (pág. 8).

El documento reconoce las mismas áreas prioritarias del Plan de Madrid. En lo relativo a las **personas de edad y el desarrollo**, no hace mención a la variable de género respecto a las recomendaciones.

En relación al **fomento de la salud y bienestar en la vejez**, señala que los problemas de salud e inequidad en el acceso están determinados por diversas variables, entre ellas el género. Además, se considera relevante reconocer el aporte de las mujeres en la provisión de cuidados en la familia y recomienda «estimular que las políticas y programas orientados a la población femenina incluyan temas específicos para las adultas mayores, en particular en el campo de la salud sexual y reproductiva, con un enfoque de promoción de la salud y un

seguimiento permanente» (pág. 19), así como «establecer mecanismos para la recolección sistemática de información desagregadas por sexo y grupo étnico y racial» (pág. 21).

En cuanto a la **creación de un entorno propicio y favorable**, indica que: «Los hombres mayores son altamente vulnerables a perder o reducir sus redes de apoyo una vez pasada su jubilación. En el caso de las mujeres, las principales dificultades se encuentran en el acceso y disponibilidad de las redes de apoyo de orden formal, sobre todo de la seguridad social» (pág. 23).

Relacionado a lo anterior, recomienda «asegurar la equidad de género en el acceso al sistema de protección social y otras fuentes de apoyo formal» (pág. 25).

Respecto a la **discriminación y maltrato** considera «fomentar al interior de la familia, en la enseñanza y en los medios de comunicación, valores como la tolerancia y el respeto de la diversidad basada en las diferencias etarias y en cualquier otra condición social como género, etnia u otras». (pág. 25)

- IV. **Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, Brasilia (2007)**, explicita la relevancia de incorporar la perspectiva de género como lo refiere el artículo No 7, a saber: «Reafirmamos el compromiso de incorporar el tema de envejecimiento y darle prioridad en todos los ámbitos de las políticas públicas y programas, así como destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr un adecuado seguimiento y evaluación de las medidas puestas en práctica, diferenciando el área urbana y rural y reconociendo la perspectiva intergeneracional. De género, raza y etnia en las políticas y programas destinados a los sectores más vulnerables de la población en función de su condición económica y social y de situaciones de emergencia humanitaria, como los desastres naturales y el desplazamiento forzado» (pág. 7).

V. **Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile 2012-2025**

El Plan se propone objetivos a corto plazo (2012-2014), mediano plazo (2015-2019) y largo plazo (2020-2025).

Los objetivos generales son:

1. **Proteger la salud funcional de las personas mayores.**
2. **Mejorar su integración y participación en distintos ámbitos de la sociedad.**
3. **Incrementar, de forma transversal, el bienestar subjetivo de las personas mayores.**

El Plan se basa en el esfuerzo multisectorial para el logro de los objetivos específicos que se agrupan en tres líneas de acción interrelacionadas:

- a. **Promoción del envejecimiento saludable:** lograr y mantener, por el mayor tiempo posible, las condiciones de salud y funcionalidad que permitan a la persona desenvolverse y participar en las diversas esferas de la vida social.
- b. **Promoción del envejecimiento activo:** se relaciona con la autonomía, con la capacidad de prolongar y utilizar las condiciones favorables de salud, en función de comunicar su historia, demostrar su experiencia, lograr la participación, tener calidad de vida y mantener el bienestar durante la vejez.
- c. **Promoción del envejecimiento positivo:** se propone que las personas sean autovalentes, estén integradas a la sociedad y tengan un bienestar subjetivo alto.

La incorporación de la perspectiva de género se observa principalmente en aquellos aspectos relacionados con la mejora de la **integración y participación**, por ejemplo:

En el objetivo específico n° 4: «Aumentar las oportunidades que tienen las personas mayores para participar en actividades sociales, recreativas y productivas» (pág. 46). Se propone a corto plazo bonificar a los empleadores de ciertos grupos

vulnerables, entre ellos mujeres entre veinticinco y sesenta años y hombres entre cincuenta y sesenta cinco años que, si bien no corresponden al grupo de adultos mayores, mejoran sus condiciones de empleo en las etapas para transitar la adultez tardía.

A mediano plazo, con el propósito de «balancear la participación de base y dirigencia por género», se focalizará el financiamiento en aquellas organizaciones de adultos mayores que aumenten la proporción de varones y aquellas donde las mujeres asumen rol directivo (pág. 49).

Con el objetivo de mejorar la capacitación laboral de las personas mayores y aumentar la capacidad de generar ingresos, se propone a corto plazo «crear un programa específico para las mujeres adultas mayores, a través de la realización de 15 Escuelas de Emprendimiento regionales» (pág. 51).

5. Conclusiones

La perspectiva de género ha sido incorporada principalmente como un elemento de análisis del proceso de envejecimiento a nivel mundial y regional. De esto dan cuenta los documentos revisados de las asambleas mundiales de Viena y Madrid, así como las reuniones regionales celebradas en Santiago y Brasilia, manteniéndose como uno de los desafíos prioritarios para América Latina y el Caribe el desarrollo de políticas que promuevan mayores niveles de la igualdad de género.

Se consigna preferentemente la situación de las mujeres, en atención a su mayor vulnerabilidad en esta etapa del ciclo evolutivo, como consecuencia de condiciones históricas de precariedad económica, menores niveles de participación o acceso a espacios de poder, donde su aporte en las tareas domésticas o de cuidado, son poco valoradas. Aparece una escasa mención a las particularidades del proceso de envejecimiento desde la experiencia masculina, pues si bien, los antecedentes muestran que tienen mejores condiciones en algunos ámbitos que las mujeres, probablemente hay otros

requerimientos de este grupo que no ha sido visibilizado y que en la medida que se avance en el análisis de la vejez incluyendo más ampliamente la perspectiva de género, se abrirán nuevas problemáticas.

En la primera asamblea mundial realizada en Viena el año 1982, la incorporación de la temática de género es incipiente, principalmente asociada a temas de familia, ingreso y empleo. En el Plan de Madrid (2002), la perspectiva de género aparece ampliamente desarrollada, especialmente en la realidad de las mujeres adultas mayores y su vulnerabilidad como consecuencia de condiciones precarias de empleo, educación y capacitación, menor seguridad social, mayor riesgo de experimentar discriminación y maltrato.

A nivel de América Latina y el Caribe, los documentos de Santiago (2003) y Brasilia (2007), declaran considerar la perspectiva de género, pero su operación en recomendaciones específicas es escasa. Cabe destacar que el texto de Santiago, es el único que integra un tema específico de la situación de los varones, relacionado con el efecto de la jubilación.

En el Plan Integral de Envejecimiento Positivo para Chile (2012-2015), no se identifica la incorporación de la variable de género en los objetivos generales ni específicos. Sin embargo, en el Plan de Implementación se hace alusión a la necesidad de aumentar la participación social, así como mejorar las condiciones de ingresos de las mujeres.

En términos generales, el foco de las propuestas está puesto en la variable de edad y muy tangencialmente en el género. Además, se esperaría que una política de envejecimiento diera cuenta de las variables estructurales que derivan en las condiciones de cómo hombres y mujeres envejecen, considerando una perspectiva a lo largo de todo el ciclo evolutivo. Si se piensa en la feminización de la vejez y de la pobreza, una política respecto al envejecimiento debería considerar, entre otras, las condiciones laborales y el soporte de las familias respecto a las necesidades de cuidado en las distintas etapas.

Muy probablemente, la complejidad del cambio demográfico y el fenómeno acelerado del envejecimiento, tensiona otros ámbitos de la sociedad y supera a lo esperable de una política de envejecimiento desde la perspectiva de la edad.

Bibliografía

- Cannobbio, L. & Jeri, T. (2008). Estadísticas sobre las personas adultas mayores: un análisis de género. En http://www.senama.cl/filesapp/Estudio_Estadisticas_sobre_PM-analisis_de_genero.pdf.
- CEPAL (2003). Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid. Extraído de: <http://www.senama.cl/filesapp/Estrategia%20regional%20de%20implementacion%20para%20AL%20y%20el%20caribe%20del%20Plan%20de%20Accion.pdf>
- CEPAL (2007) Declaración de Brasilia. extraído en http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf
- De Barbieri, T. (1993). Género y población: algunas reflexiones. *Reproductive Health Matters* , 1 (1), 85-92.
- De Barbieri, T. (2013). Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica. *Debates en sociología*, (18), 145-169.
- Freixas, A. (1997). Envejecimiento y género: otras perspectivas necesarias. *Anuario de psicología*, 73(3), 1-42.
- Huenchuan, S. (2009). Envejecimiento e institucionalidad para el cuidado de las personas mayores. ponencia para el Seminario Regional "Las familias latinoamericanas interrogadas. Hacia la articulación del diagnóstico, la legislación y las políticas", organizado por CEPAL, Santiago de Chile, 29.
- Huenchuan, S. (2009). Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas. Cepal.
- Huenchuan, S. (2010). Envejecimiento y derechos humanos. Seminario internacional del MERCOSUR Ampliado Prácticas en Políticas Gerontológicas, Buenos Aires, 16.
- Huenchuan, S. (2010). Envejecimiento y género: acercamiento a la situación específica de las mujeres mayores en América Latina y de las recomendaciones internacionales. ponencia presentada en el Coloquio Regional de Expertos en Envejecimiento, Género y Políticas Públicas, organizado por el Núcleo Interdisciplinario de Estudios sobre Vejez y Envejecimiento de la Universidad de la República con el apoyo del Fondo de Población de Naciones Unidas, Montevideo, 9.
- Jubes, E., Laso, E., & Ponce, A. (2000). Constructivismo y Construccinismo: Dos Extremos de la cuerda floja Librosintinta.com
- Lamas, M. (1986). La antropología feminista y la categoría "género". *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, (30), 173-198.
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *La tarea*, 8.
- Lamas, M. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Cuicuilco*, 7(18), 0.

- Martín, M., & Sánchez, M. A. M. (2010). La vivencia del envejecimiento. Cuadernos de relaciones laborales, 28(1), 83-112.
- Naciones Unidas (2003). Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento. Extraído en <http://undesadspd.org/Portals/0/ageing/documents/Fulltext-SP.pdf>
- Osorio, P. (2006). Abordaje antropológico del envejecimiento y el alargamiento de la vida.
- Observatorio social envejecimiento–vejez. Universidad de Chile. www.observa.uchile.
- Osorio, P. (2010). La edad mayor como producción sociocultural. Comunicación y Medios, (22).
- Osorio, P. Envejecer en el siglo XXI en América Latina. Pobreza, exclusión y desigualdad, 223.
- Plan de Acción Internacional de Viena Sobre el Envejecimiento (1982). Extraído de http://www.msal.gov.ar/ent/images/stories/programas/pdf/2013-08_plan-accion-envejecimiento-viena-1982.pdf
- PNUD (2010). Desarrollo Humano en Chile. Género: los desafíos de la igualdad. Extraído en: http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/womens_empowerment/publication_1/
- Rubin, G. (1986). El Tráfico de mujeres: Notas sobre la "Economía Política" del sexo. Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales , (30), 95-145.
- Senama (2011) Política Integral de Envejecimiento Positivo para Chile. Extraído en: http://www.senama.cl/filesapp/SENAMALibroPolíticas_.pdf
- Yuni, J. A., & Urbano, C. A. (2008). Envejecimiento y género: perspectivas teóricas y aproximaciones al envejecimiento femenino. Revista argentina de sociología, 6(10), 151-169.

MIGRACIÓN INDÍGENA: EL CASO DEL PUEBLO OTAVALEÑO Y LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA CHILENA

*Andrea Antriyao y Francisco Jara**

RESUMEN

El trabajo versa sobre el pueblo indígena migrante: el pueblo otavaleño. Tendrá como tema principal el análisis de una costumbre en concreto y la forma en que las políticas públicas migratorias del Estado de Chile pueden entender (o no) esta realidad.

Los párrafos siguientes se refieren principalmente a la costumbre migratoria de esta comunidad, la cual consistente en viajar en edad adulta para conocer otras culturas y tradiciones. Además, abordará su actividad de intercambio mercantil, característica económica y cultural que la diferencia de otros pueblos.

Se revisará la forma de vida que han tenido que adoptar los otavaleños que habitan Chile, país que no ha desarrollado políticas públicas inclusivas referentes a la migración y menos todavía respecto de la migración indígena. De este modo, se realizará un análisis crítico respecto de estas políticas a partir del derecho de los pueblos indígenas, el derecho internacional migratorio y, en general, del derecho internacional de los derechos humanos.

* *Andrea Antriyao*: Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad Católica de Temuco, Diplomada en Litigación y Nuevos Procedimientos en PUC, Diplomada en Políticas Públicas de Pueblos Originarios y Tribales, Magister© en Derecho Penal en Universidad de Talca.

Francisco Jara: Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Becario del Programa de Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de la Cátedra de Derecho Internacional Migratorio y abogado de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

Tutora de la tesina: Milka Castro L. Diplomado Derechos Humanos, Pueblos Indígenas y Políticas Públicas en América Latina y el Caribe 2015-2016.

Presentación

El proceso migratorio ha sido un tema que ha estado en la palestra los últimos años, en particular por el déficit de una normativa acorde al derecho internacional que sea capaz de considerar a los migrantes como sujetos de derecho, sea cual sea su situación migratoria. Como se verá, estas razones han motivado a la sociedad civil a la creación de una política migratoria con un enfoque respetuoso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por otro lado, el respeto a los derechos de los pueblos indígenas tampoco ha sido incorporado adecuadamente por el derecho nacional, respecto de los pueblos originarios chilenos, y prácticamente son inexistentes las consideraciones respecto a otros pueblos.

Ante este panorama, y analizando la situación del pueblo otavaleño, pueblo indígena y migrante, se decidió dirigir este breve trabajo de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se revisarán las características especiales de este pueblo, a saber, ubicación, idioma, tradiciones, costumbres y dedicación. (ii) A continuación se centrará la atención en los movimientos migratorios de la población otavaleña en Chile. (iii) Como tercer apartado, se efectuará un análisis de la legislación migratoria en términos generales, y luego un apartado específico relativo a la legislación migratoria indígena. (iv) En cuarto lugar, se mostrará información comparada sobre la postura migratoria de otros países frente al pueblo otavaleño. (v) Para finalizar se efectuará una propuesta de política pública migratoria, con enfoque en derechos humanos, respecto de pueblos migrantes indígenas.

Contexto: Ubicación, idioma, tradiciones y costumbres, dedicación

La ciudad de San Luis de Otavalo, también conocida simplemente como Otavalo, es parte de la provincia de Imbabura (Ecuador), y está ubicada a cien metros de la frontera con Colombia y a ciento cincuenta de la ciudad de Quito, en medio de los volcanes

Cotacachi e Imbabura. Es el asentamiento de los «Otavaleños», comunidad que se ha caracterizado por su Mercado Indígena, además de su música, arte y, especialmente, por su método de comercialización¹.

Se distinguen de los otros pueblos indígenas por su vestimenta: las mujeres visten con dos anacos, fajas envueltas a la cintura, collares, blusa blanca larga y con encaje adornada con motivos florales, acompañado todo esto con collares dorados, pulseras y anillos llamativos, y como calzado utilizan alpargatas de color negro o azul. Por su parte, los varones emplean una vestimenta menos compleja: camisa blanca o de colores y un pantalón blanco, además de ponchos que pueden ser de una o dos colores; en sus pies, al igual que las mujeres, utilizan alpargatas, pero de color blanco; en su cabeza llevan un sombrero de colores oscuros o claros, y el cabello lo peinan en forma de una trenza. En la actualidad, los más jóvenes solo usan el pelo largo y trenzado².

El idioma oficial es el castellano, pero hablan *Kichwa*, idioma derivado de la fusión del quechua y el idioma propio de los otavaleños o *prekichwa*. La actividad económica de este pueblo indígena se caracteriza principalmente por la agricultura, el turismo, la música, la manufactura de textiles y el comercio. Siendo estos últimos la principal fuente de ingresos. Como manufactura de textiles producen: tapices, gorras, sacos como vestuario. También fabrican alfarería y bordados. A esto se debe añadir que practican el comercio no solo a nivel local, sino también internacional, lo que ha tenido cierto impacto mundial, puesto que han visto en la migración una forma de obtener recursos económicos y además un estilo de vida.

¹ Farinango, M. (2007). Diseño de una guía Práctica para la gestión de publicidad alternativa dirigida a microempresas del sector artesanal de la ciudad de Otavalo. (Tesis previa para la obtención del título de Licenciada en Publicidad). Universidad Tecnológica Equinoccial

² Mendosa, G., & Moncayo, L. (2012). *Estudio iconográfico de la cultura otavaleña en su manifestación gráfica textil*. (Tesis previo a la obtención del título de Licenciatura en Diseño Gráfico y Publicitario). Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL).

a. Costumbre viajera

Se ha indicado que los otavaleños son comerciantes, viajeros, mercaderes itinerantes o pueblo transnacional. Podría pensarse que los otavaleños que salen de Ecuador abandonan su comunidad, perdiendo tradiciones y costumbres, pero en realidad, para el pueblo otavaleño, su costumbre más arraigada es el viajar. Quienes han estudiado a este pueblo, explican esta característica aludiendo al hecho de que son herederos de la identidad cultural mindalae³. Es un elemento importante que ha permitido construir la etnicidad Kichwa, pudiendo decirse que la principal referencia de la identidad cultural y étnica de este pueblo considera el viajar como un elemento indispensable para adquirir prestigio, progresar y tener el éxito.

En efecto, el viaje en ningún caso merma sus relaciones y deberes con la comunidad. Una muestra de esto la constituye que, por regla general, los otavaleños emigran en épocas donde no se trabaja la tierra, regresando en épocas de siembra y cosecha. A su regreso, el resultado de su travesía les permite contribuir no solo en la economía de la localidad, sino que a la comunidad misma, pues su cultura se revitaliza por el contacto con otras costumbres.

b. Otavaleños en Chile

Para comprender el proceso migratorio de los otavaleños hay que remontarse a tres flujos migratorios históricos identificados por los autores⁴: el primero, tiene lugar en la década de los cuarenta, denominada o caracterizada como la fase de *conocer más allá de la comunidad* y como una forma de ampliación del mercado; una segunda etapa, enmarcada en la década del cincuenta, se denomina como fase de *la proyección internacional*; finalmente, la tercera, que tiene lugar a partir de la década de los noventa, denominada como la *formación de la*

comunidad fuera de la comunidad.⁵ Así, el proceso migratorio que se inicia en los años de 1944, ha teniendo como principal destino Colombia; en los cincuenta se abre a Perú, Chile, Venezuela, y luego a Brasil y Panamá. En los años sesenta y setenta su destino mayoritario fue El Caribe, pudiendo contar con Curazao, Aruba, Santo Domingo, Puerto Rico, Islas San Andrés. Es en esta época en la que también comienzan a registrarse en forma regular viajes a los mercados de Norteamérica y de Europa⁶.

En Chile el proceso migratorio otavaleño es posterior a estas etapas clásicas y, con la información de que se dispone se podría decir que configura un verdadero «cuarto período». ⁷Este país resurge como un destino migratorio producto de dos diferentes factores: la crisis económica de 2009 que ha complicado la situación de los países de Europa, y sobre todo de Ecuador, lo que ha motivado que busquen dirigirse a destinos que, por un menor precio, les permitan desarrollar su actividad económica en forma eficiente. Por esto, Chile ha resurgido como destino.

La actual migración otavaleña se ha caracterizado por el desarrollo de la actividad comercial, lo que, como se ha visto, constituye un elemento principal de su identidad cultural arraigada a su cosmovisión Kichwa. No es extraño así, al día de hoy, encontrar por las calles principales de Santiago mujeres vendiendo textiles y artesanías que tiene un sello otavaleño o también hombres con cabello largo y trenzado en estas actividades. En la actualidad, ha tenido lugar la saturación del mercado, por lo que los otavaleños han decidido sustituir la mercadería que venden, prefiriendo aquella más variada, y que responda a las temporadas y a la moda, abasteciéndose mayoritariamente en los mayoristas

³ Es un grupo élite de especialistas, que compran y venden todo tipo de productos. El viaje y la movilidad se ha convertido en su forma de vida y subsistencia.

⁴ Santibáñez, R., & Maiztegui, C. (2006). *Inmigración: Miradas y Reflejos. Historias, identidades y claves de intervención social*. Serie migraciones internacionales, Nº 3, Universidad de Deusto, Bilbao.

⁵ Santibáñez, R., & Maiztegui, C. (2006). *Inmigración: Miradas y Reflejos. Historias, identidades y claves de intervención social*. Serie migraciones internacionales, Nº 3, Universidad de Deusto, Bilbao.

⁶ Conejo, M. (2002). *Los Quichua Otavalo: Economía e Identidad, Ecuarrunari, Fondo Indígena*. RODEPINE, Diagnóstico del Pueblo Otavalo.

⁷ Esta hipótesis, en la cual no es posible profundizar por motivos de extensión, no incide en el argumento central del trabajo. Su formulación es producto de entrevistas personales realizadas por doña Andrea Antriyao a otavaleños, con ocasión de su trabajo como abogada especializada en temas migratorios.

chinos e hindúes. También, en forma todavía infrecuente, se pueden encontrar productos de Otavalo en ferias artesanales, o cuando algún familiar o conocido les hace llegar mercadería directamente de Ecuador. En su actividad deben sortear varios obstáculos con las autoridades, particularmente por ejercer el comercio informal⁸.

Al día de hoy, resulta muy difícil conocer el número exacto de población otavaleña que se encuentra en Chile, ya que las estadísticas que se realizan a nivel nacional (sea del Departamento de Extranjería y Migración, o del Instituto Nacional de Estadísticas) o regional no los distinguen como miembros de dicho grupo indígena, sino como nacionales ecuatorianos.

En Chile, la movilidad del pueblo otavaleño se ha visto limitada por el endurecimiento de políticas migratorias, particularmente la imposición de un visado para ingresar al país y permanecer por un periodo de tiempo prolongado.

Legislación migratoria chilena: Régimen general y aplicación al caso indígena

a. El derecho migratorio chileno

En Chile, al menos desde que rige el Código Civil (1857) formalmente existe la igualdad entre chilenos y extranjeros, en los términos de su artículo 57. Sin embargo, en los hechos y en el derecho existen numerosas diferencias que establecen formas de discriminación, algunas de las cuales derechamente y como se expondrá, contravienen disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

A continuación, se expondrán algunos hitos en la legislación migratoria relevante a nivel nacional e internacional. Este análisis considerará fundamentalmente la normativa de la segunda mitad del siglo XX. Esta decisión obedece a varios motivos: en primer lugar, por temas de extensión y, además, porque aun siendo posible criticar ciertas reglas del

siglo XIX, es solo a partir del siglo pasado que adquirió fuerza la idea de los derechos humanos y su protección internacional.

Como punto de partida, tradicionalmente la migración ha sido agrupada en dos tipos: la «migración voluntaria» y la «migración forzada». La diferencia entre ambas radica en el poder de tomar la decisión. Con todo, pese a la claridad conceptual de esta distinción «a decisión es casi siempre consecuencia de acontecimientos externos, por lo cual, el individuo se encuentra forzado a tomar tal decisión». ⁹Sin embargo, el desarrollo del derecho internacional ha reconocido la migración forzada como un atentado gravísimo que debe ser enfrentado por la comunidad internacional. Así, en 1921 la Sociedad de las Naciones instaura la figura del «Alto Comisionado para los Refugiados», que, junto a otras, como la Organización Internacional del Trabajo en 1925, intentaron aliviar esta situación.¹⁰

Fuera de los instrumentos generales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el refugio como institución internacional adquiere relevancia después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 1950, y la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de los Refugiados), en 1951, junto al Protocolo adicional a dicha Convención en 1967.

La relevancia del derecho internacional de los refugiados viene dada porque configura una excepción a la regla general, que reconoce en forma casi absoluta la potestad soberana de los Estados para decidir su política migratoria y tener la palabra final sobre el ingreso de personas a su territorio jurisdiccional. Esta normativa, entonces, constituye una excepción a la soberanía estatal, impidiendo la expulsión de una persona que se encuentra en dicha

⁸ El comercio informal (entendido como aquel que no cuenta con los respectivos permisos) está sujeto a sanciones de tipo administrativo, tributario y criminal en Chile.

⁹ Aruj, R. & González, E. (2007) El retorno de los hijos del exilio: una nueva comunidad de inmigrantes. Buenos Aires, Prometeo Libros.

¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013) Migración y Derechos Humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional. Ginebra, ACNUDH.

situación de vulnerabilidad¹¹. Por esto, los Estados muchas veces incurrirán en grandes esfuerzos con tal de no reconocer esta condición, para evitar verse sometidos a sus obligaciones.¹²

A este respecto, al menos desde el período de entreguerras hasta la década de los setenta, Chile ha declarado tener políticas favorables a la migración. En particular, el compromiso fue evidenciado por Gobiernos como el de don Pedro Aguirre Cerda, que colaboró con migrantes y refugiados de Europa, así como el gobierno de don Salvador Allende Gossens: además de recibir a miles de exiliados y perseguidos latinoamericanos, ratificó la Convención de los Refugiados en enero de 1972, y el Protocolo de 1967 en abril del mismo año¹³. Esta Convención integra al ordenamiento jurídico chileno, en calidad de derecho esencial, el derecho a buscar asilo.¹⁴

b. El Decreto Ley 1.094 de 1975 y la legislación democrática

Con la dictadura militar, sin embargo, se produce el mayor cambio. A nivel normativo se busca consagrar la política de persecución a chilenos y extranjeros, así como evitar tanto el ingreso, como el regreso de todos aquellos a quienes el régimen calificara como «indeseables». La norma en cuestión para lograr este propósito sería el Decreto Ley N° 1.094 de 14 de julio de 1975, que lleva por título: «Establece normas sobre extranjeros en Chile». Esta norma adopta las concepciones de seguridad nacional propias la Guerra Fría respecto de grupos enteros de extranjeros, subversivos e indeseables. No solo había que combatir a un enemigo interno, sino

también externo. Esta legislación permitía darle trato de *enemigo* a ambos grupos, manteniendo fuera a los exiliados por el tiempo que la autoridad lo determinara y estableciendo feroces condiciones para permitir el ingreso de extranjeros que no se ajustaran al ideal de nuevo gobierno¹⁵, como se verá, inversionistas.

Este cuerpo legal ha sido complementado por el Decreto Supremo N° 597 de 1984, sobre Reglamento de Extranjería. En democracia no ha recibido cambios sustanciales, ni un serio cuestionamiento de sus fundamentos. Aun así, se ha mejorado lo relativo al exilio para facilitar el regreso de los chilenos. En cuanto a los extranjeros, el espíritu de la dictadura aún se mantiene, sumado a la cuestionable costumbre de llamar a ese Decreto «Ley de Extranjería»¹⁶, inclusive por parte de la autoridad migratoria, en un uso del lenguaje que no resulta inocente, sino que contribuye a la legitimación de la normativa dictatorial.

Entre los problemas actualmente existentes encontramos: la arbitrariedad de la emisión de órdenes de abandono y expulsión, la denegación de nacionalidad para niños y niñas nacidos en Chile (la nacionalidad de los menores debe ser asegurada, independiente de la situación migratoria de sus padres), la falta de una adecuada protección para las víctimas de los delitos de tráfico de migrantes y/o trata de personas¹⁷. Entre otros factores discriminatorios es posible encontrar que a algunas nacionalidades se les exigen antecedentes penales (por ejemplo: a peruanos, colombianos, dominicanos y haitianos), además de que existen prohibiciones de ingreso por causales amplísimas. Puede citarse el artículo 15 del D.L. 1.094 que prohíbe la entrada a:

¹¹ Goodwin-Gill. G. & MacAdam J. (2004) & The Refugee in International Law. 3ª ed. Oxford, Oxford University Press.

¹² Evitar conceder la protección a un refugiado, en ese sentido, es muy similar a los esfuerzos que realizan las naciones para evitar reconocer una situación como genocidio, pues desde el momento en que se cataloga como tal, existen obligaciones para los Estados de actuación. En este sentido: Jara, F. *La expulsión de extranjeros en Chile: un análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos*. En: Las migraciones y la movilidad en Chile, los desafíos transdisciplinarios (en prensa).

¹³ Olea, H. et. al. (2012). *Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento*. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales.

¹⁴ La definición de refugiado se encuentra en el Artículo 1 de la Convención.

¹⁵ Garcés, M. & Nicholls, N. (2005) Para una historia de los DD.HH. en Chile. Santiago, LOM.

¹⁶ La ley es una norma emanada del Poder Legislativo (Congreso Nacional) a través de procedimientos democráticos. Un Decreto es una norma dictada por el Poder Ejecutivo (Presidente de la República). En cambio, un Decreto Ley es un *contrasentido*, una figura propia de los gobiernos de facto.

¹⁷ Oficina de Derechos Humanos. Sobre la Of. De Derechos Humanos, CAJ, RM: en particular, sobre el trabajo en extranjería y migración. Presentación disponible en: <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmlD=18765&prmlTIPO=DOCUMENTACION>> [Consulta 10 de febrero de 2016].

«2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, *los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.*» [la cursiva es nuestra].

De este modo, dicha normativa equipara conductas graves, como el tráfico de migrantes, la trata de personas, el tráfico de drogas o armas, que constituyen delitos a nivel interno, como también de acuerdo a tratados internacionales, con una noción tan abierto como contravenir «la moral y las buenas costumbres»¹⁸. Pero eso no es todo, también cabe citar el artículo 15 en su numeral cuarto:

«4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social.»

Fuera de que el estándar es cuestionable, afirmar que alguien constituye una «carga social» da pie a grandes discriminaciones. También ha resultado (o puede resultar) problemático para la población otavaleña: el tipo de visado al que pueden optar teóricamente, no se adapta a sus especiales necesidades migratorias.

c. Alternativas del derecho migratorio para el caso otavaleño

Queda fuera aquí la posibilidad de una visa por vínculo familiar y se centra la atención en el caso de un otavaleño que no viene a establecer lazos familiares con chilenos. Tampoco resulta, en principio, aplicable la visa para estudiantes, porque sería apartarse del motivo común migratorio de este pueblo. Pero, ¿a qué otras visas pueden optar? (a) En el caso de la visa sujeta a contrato de trabajo, los requisitos parecen difíciles de cumplirse por

personas dedicadas al intercambio comercial relativamente informal. No forma parte de su plan de vida encontrarse bajo la subordinación y dependencia respecto de un tercero (en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo)¹⁹. (b) Por su parte, existe una visa temporaria para jubilados y rentistas, sin embargo, requiere acreditar la obtención periódica de recursos económicos²⁰, lo cual tampoco coincide con el supuesto de hecho. (c) Finalmente, existe una visa para «inversionistas y comerciantes», pero esta se aleja también del tipo de pequeños comerciantes que, en general, se pueden asociar con el pueblo otavaleño. Basta revisar los requisitos exigidos para este tipo de visado para entender qué tipo de comerciantes tiene en mente la autoridad migratoria chilena. Es un instrumento pensado para recibir al capital transnacional que llegó a invertir en Chile producto de la liberalización económica. Tratándose de un «proyecto en estado de idea» debe adjuntarse, la:

«Descripción del proyecto, actividad o rubro a realizar, la que deberá incluir los siguientes tópicos: ubicación geográfica, número de empleados a contratar, capital a invertir y expectativas en general»²¹. [El destacado es nuestro].

Claramente, de esta breve revisión, podemos concluir que ninguna de las visas actualmente existentes permite a los otavaleños residir por períodos mayores que aquellos propios de los turistas. Tampoco parece que su forma de relacionarse a nivel cultural y económico se

¹⁸ El Derecho Penal moderno, y el Derecho Administrativo Sancionador no pueden sancionar por conductas de tal indeterminación, pues se vulnera así el principio de reserva legal, que constituye una garantía explícita de acuerdo a la Constitución y los tratados internacionales. Además, la idea de buenas costumbres, en general da pie a prejuicios y actitudes discriminatorias. A modo ejemplar, el artículo 373 del Código Penal sanciona las ofensas al pudor

¹⁹ Por lo demás se ha destacado que esta exigencia a los migrantes no se condice con el propio mercado laboral chileno, donde la mayor parte de las personas no cuentan con contrato de trabajo, encontrándose a honorarios, trabajando por cuenta propia, bien, engrosando las filas del empleo precario. Las estadísticas del Censo a realizar en 2017, seguramente, confirmarán este fenómeno. Crítico de este fenómeno ha sido el Movimiento de Acción Migrante (MAM) que por diversos medios ha propuesto la idea de una visa de uso múltiple.

²⁰ Requisitos para obtener visa temporaria por primera vez para jubilados y rentistas. Formulario disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/04/TE6_ISO1.pdf> [Consulta 20 de febrero de 2016].

²¹ Requisitos para obtener visa temporaria por primera vez para inversionistas o comerciantes <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/04/TE7_ISO2.pdf> Consulta 1 de marzo de 2016].

encuentra recogida realmente, pues no se enmarcan en la clásica relación laboral, pero tampoco pertenecen al grupo de los grandes comerciantes de este país. Entonces ¿qué hacer?

Si bien, han existido cuestionamientos a la situación general de los migrantes, producto del aumento de la migración y la presión de organizaciones de usuarios, y de derechos humanos, existe el proyecto de generar una «nueva ley de migraciones y la actualización y coordinación de las políticas e instituciones del Estado en materia de migraciones»²². Pero, dicha sea la verdad, las reformas tampoco parecen muy prometedoras: el principal modelo normativo que siguen es el español y otros de la Unión Europea, que progresivamente *criminalizan* la migración. Este último punto es especialmente relevante, pues la *criminalización de la migración* afecta los derechos humanos de cientos de miles de personas cada año. De este modo, el antiguo fundamento propio de la doctrina de la seguridad nacional, podría reeditarse, legitimando por esa vía el derecho migratorio chileno a nivel internacional.

Luego de este panorama general desalentador, surge de nuevo la pregunta: ¿hay algún estándar al cual acudir? A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, este sí existe. De ese modo, además de respetar, los tratados sobre derechos humanos como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (por lo menos en su artículo 14 sobre debido proceso), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, cuyo contenido protectivo está hecho para proteger casos como estos; se puede acudir también a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en general, a aquellas pautas desarrolladas por el sistema interamericano.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del extenso tratamiento efectuado al artículo 8 numeral 2º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ha señalado que el debido proceso abarca las «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial²³», a efecto de «que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos»²⁴, constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público en cualquier materia. Esto quiere decir que es aplicable también a los órganos administrativos que emiten pronunciamientos sancionatorios (como expulsiones o casos donde el ingreso derechamente se ha impedido).

La Corte Interamericana así se ha sostenido en el caso «Tribunal Constitucional vs. Perú». La Corte manifestó lo siguiente respecto al párrafo 1 del artículo 8:

«(...) que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para “la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana²⁵».

²² Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015). Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, INDH

²³ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-9/87*. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Párrafo 28.

²⁴ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Párrafo 124.

²⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Párrafo 70.

Destaca también el caso «Baena Ricardo y otros vs. Panamá», donde la Corte Interamericana al referirse a la violación de los Artículos 8.1, 8.2 y 25 de la CADH, sostiene que:

«Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes». ²⁶

Como es posible observar, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es clara en este punto: las garantías de debido proceso consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana se extienden a los procedimientos administrativos (como la solicitud de visa u otros ante el Departamento de Extranjería y Migración), en la medida que determinen derechos. La no observancia de lo anterior, como ocurre respecto de la situación del pueblo otavaleño, constituye una vulneración de la Convención Americana, así como de otros tratados internacionales de derechos humanos que consagran y protegen las reglas del debido proceso y que se

encuentran incorporados en nuestro ordenamiento por disposición del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental.

d. Relación con el derecho de los pueblos indígenas

La circunstancia de tratarse de un pueblo indígena tampoco mejora la situación desde el punto de vista del sistema jurídico chileno. La principal obligación contraída por este país es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), «Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes». Este tratado representa un verdadero cambio de paradigma respecto del antiguo Convenio N° 107 de la OIT, estructurado sobre la base de la asimilación y el concepto de «poblaciones», pues introduce conceptos como «territorio indígena» y «pueblos indígenas». El Convenio reconoce la costumbre indígena como base para el respeto de los derechos económicos sociales y culturales y, en este sentido, deben entenderse los artículos 5 y 6 del Convenio, pero en un sentido principalmente colectivo.

Sin embargo, resulta difícil argumentar demasiada utilidad práctica para efectos de abordar esta problemática por varias razones: aun Chile respetando de forma íntegra las disposiciones del Convenio N° 169, estas obligaciones se estructuran en lo relativo a pueblos indígenas del propio Estado, lo que se hace evidente con el reconocimiento del «derecho a la identidad cultural», el cual tiene carácter colectivo²⁷. Lo mismo puede predicarse del derecho al territorio o el derecho a la Consulta²⁸, los cuales también son eminentemente colectivos. Además, es posible sostener que el reconocimiento de la costumbre otavaleña puede tener aplicación en lo relativo a eximir de responsabilidad y a establecer diferencias para ciertos casos de incumplimiento de la legislación migratoria o de otra índole.

²⁶ Corte IDH. *Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Párrafos 124-125.

²⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 217.

²⁸ Consejo de Derechos Humanos (2012). Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. Anexo. A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012. Párrafos. 14, 16 y 19.

En efecto, a la hora de adjudicar en estos casos, debe recordarse artículo 8 que establece «1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario». Si bien, se encuentra en un lenguaje más propio de lo colectivo, nada obsta a su aplicación en favor de un migrante a la hora de evitar sanciones administrativas, y/o criminales. Sin embargo, se desconocen casos de su aplicación para pueblos indígenas distintos de los que viven en Chile, y aun en estos, casos la referencia a normas de la costumbre indígena ha sido muy restrictiva.

Derecho comparado

a. El caso del pueblo otavaleño en Colombia

En Colombia, la población Otavaleña abarca un grupo importante de personas. El año 2005 se legitimó la población indígena a través de un Cabildo Mayor Indígena, creado bajo la tensión del Gobierno Central, indígenas y el distrito Capital. La función de esta institución es determinar quién es Kichwa ante el estado de Colombia, permitiendo a otavaleños no nacionales adquirir un estatus migratorio. Los migrantes tienen dos opciones para ingresar al país: a través de la Tarjeta Andina para migrantes temporales, con duración de noventa días prorrogable por igual periodo, que permite a su portador trabajar y acceder a servicios básicos y no presentar pasaporte. La segunda alternativa es la residencia legal en Colombia y obtener cédula de identidad extranjera, esta cédula es indefinida y caduca transcurrido tres años desde que la persona se encuentra fuera de Colombia.²⁹

Esta política pública considera especialmente la identidad indígena Kichwa, lo cual facilita acceder al estatus migratorio y al reconocimiento de derechos en una forma que no existe en Chile.

²⁹ Ordóñez, J. T., Colmenares, F., Gincel, A. & Bernal, D. (2013). *Migraciones de los Kichwas-otavaleños en Bogotá*. Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes, Colombia.

b. El caso del pueblo lapón o saami

El pueblo lapón, saami o sami (aunque prefieren estas dos últimas denominaciones) habita en la región de Laponia, que se extiende entre Noruega, Suecia, Finlandia y parte de Rusia. Se trata de un pueblo compuesto por aproximadamente 80 000 individuos. Se estima que la mayor parte de su población se encuentra en Noruega (aproximadamente 50 000 individuos) y el resto entre Noruega (aproximadamente 20 000) y unos 10 000 en Finlandia. Su cultura, lenguaje, ropas tradicionales, artesanías y música los diferencia de otros grupos étnicos en Escandinavia.³⁰

Entre sus características distintivas se encuentran: ser el único pueblo europeo en ser reconocido como indígena por un Estado nacional (Noruega), además de su carácter nómada. Se dice que esto les impedía formar una agrupación mayor, lo cual repercutió en la pérdida de derechos políticos contra los Estados nacionales. Sin embargo, se les han reconocido diversos derechos: la posibilidad de tener un Parlamento en Finlandia desde 1973, y en Noruega desde 1989. Existe también un consejo del Parlamento Sami, que integra a miembros de Suecia, Noruega y Finlandia como miembros y a samis rusos como observadores.

Respecto a la migración, las fronteras de los Estados nacionales supusieron un obstáculo a su tradicional modo de vida, sin embargo, a la fecha existe un convenio por el cual este pueblo puede transitar libremente entre Suecia y Noruega, a modo de respetar su modo tradicional de vida. Se aprecia aquí, entonces, otro ejemplo concreto de respeto a un pueblo indígena migrante.³¹

³⁰ Kakslauttanen. Artic Resort. ¿Quiénes son el pueblo sami? Disponible en: <<http://www.kakslauttanen.fi/es/faq/quienes-son-el-pueblo-sami/>> [Consulta: 01 de marzo de 2016].

³¹ Sami. People. Enciclopedia Británica. Disponible en: <<http://global.britannica.com/topic/Sami>> [Consulta: 01 de marzo de 2016].

Conclusiones

El pueblo otavaleño, tiene una costumbre viajera y se dedican al comercio. Al llegar a Chile ingresan con visado turista, el cual tiene una duración de noventa días. Transcurrido dicho tiempo pueden pedir prórroga o bien solicitar una residencia temporaria por motivos laborales. Esta última alternativa les genera problemas, puesto que ellos en su mayoría son trabajadores independientes y se dedican al comercio ambulante, cuestión que no es bien vista por las autoridades. Otros tipos de residencias tampoco son aplicables, ya que tampoco encajan en los supuestos clásicos de visado en calidad de rentistas, industriales o empresarios, que obedece más bien a un concepto de inversionista extranjero, que al supuesto de este pueblo indígena. Se trata, en suma, de una discriminación que no solo ignora la identidad migratoria o la costumbre indígena, sino que se estructura sobre un fuerte componente socio-económico.

Las normas del derecho migratorio chileno no respetan los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos (debido proceso, participación, derecho a ser oído, garantías judiciales, entre otras). El derecho de los pueblos indígenas, tal como se aplica en Chile, tampoco es considerado, aun cuando existen mandatos expresos, por ejemplo, en el artículo 8 del Convenio N° 169 de la OIT para que la costumbre indígena sea respetada. De considerarse esta costumbre, evidentemente la respuesta institucional del Departamento de Extranjería y Migración debiese ser totalmente distinta, y considerar este factor para efectos de no denegar la visa, o el permiso de residencia respectivo.

En el mismo sentido, existen experiencias contrafactuales en América y Europa. Se ha podido observar que existen experiencias comparadas, por ejemplo: el tratamiento que en Colombia se le dispensa al pueblo otavaleño, reconociendo su identidad Kichwa, como base para entregarles protección migratoria en base a su costumbre. Del mismo modo, el caso del pueblo lapón, saami o sami

en Escandinavia nos muestra como dos países europeos que por regla general no operan con fronteras libres (Noruega no es parte de la Unión Europea ni del espacio Shengen), pueden reconocer el libre acceso a un pueblo indígena nómada respetando su costumbre.

De los párrafos expuestos se hace manifiesto que no existe una política pública migratoria que reconozca los pueblos indígenas, con sus tradiciones y costumbres, y que permita a estos desarrollarse más allá de sus territorios con su identidad individual y social, con el subsecuente menoscabo en su identidad particular y como pueblo, configurando una discriminación que vulnera diversas obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile.

Recomendaciones y/o propuesta sobre el tema abordado

1. El Estado de Chile debe realizar censos de la población indígena que ingresa al país para tener una idea del porcentaje de migrantes de diferentes pueblos y nacionalidades indígenas y su realidad, a efectos de cumplir los compromisos adquiridos en tratados internacionales sobre derechos humanos. El Instituto Nacional de Estadísticas (INE) debe incluir entre sus preguntas a los extranjeros si pertenecen a algún pueblo originario.
2. El Estado de Chile debe generar políticas públicas para combatir problemas como el racismo, la exclusión social y toda forma de discriminación estatal.
3. El Estado chileno debe revisar su legislación migratoria de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, en especial, reconociendo que no puede transitarse de un régimen que contempla a los extranjeros como enemigos, a otro que criminalice la migración, o bien, a uno que sólo acepta la migración económica,

- y la libre circulación de capitales, restringiendo la de seres humanos.
4. De este modo, debe revisarse especialmente el sistema de visados y poder entregar un mecanismo para que personas que no se encuentren en las hipótesis de migración económica (como empresarios, inversionistas o trabajadores dependientes) puedan ser recibidas por el Estado de Chile, contando con algún tipo de visado flexible o de uso múltiple que considere su situación especial.
 5. El Estado chileno debe, en el mismo sentido, dar cumplimiento a las disposiciones generales del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo para los efectos de que la costumbre indígena sea debidamente considerada para efectos migratorios.
 6. El Estado de Chile debe adecuar su legislación y procedimientos internos a los convenios internacionales en defensa de migrantes y de los pueblos indígenas.
 7. Los funcionarios de la Policía de Investigaciones, el Departamento de Extranjería y Migración, y en general, todo funcionario de la administración tiene el deber de proteger, respetar y promocionar los derechos de los migrantes, para lo cual deberán recibir capacitación y formación constante.

Bibliografía

Aruj, R. & González, E. (2007) El retorno de los hijos del exilio: una nueva comunidad de inmigrantes. Buenos Aires, Prometeo Libros.

Conejo, Mario. *Los Quichua Otavalo: Economía e Identidad*, Ecuarunari, Fondo Indígena. RODEPINE, Diagnóstico del Pueblo Otavalo.

Consejo de Derechos Humanos (2012). Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. Anexo. A/HRC/EMRIP/2012/2, 30 de abril de 2012.

Enciclopedia Británica. Sami People. Disponible en: <<http://global.britannica.com/topic/Sami>>.

Farinango, M. *Diseño de una guía Práctica para la gestión de publicidad alternativa dirigida a microempresas del sector artesanal de la ciudad de Otavalo*. (Tesis previa para la obtención del título de Licenciada en Publicidad). Universidad Tecnológica Equinoccial.

Garcés, M. & Nicholls, N. (2005) Para una historia de los DD.HH. en Chile. Santiago, LOM.

Goodwin-Gill. G. & MacAdam J. (2004) & The Refugee in International Law. 3ª ed. Oxford, Oxford University Press.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015). Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, INDH.

Jara, F. *La expulsión de extranjeros en Chile: un análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos*. En: Las migraciones y la movilidad en Chile, los desafíos transdisciplinarios (en prensa).

Kakslauttanan. Artic Resort. ¿Quiénes son el pueblo sami? Disponible en: <<http://www.kakslauttanan.fi/es/faq/quienes-son-el-pueblo-sami/>>.

Mendoza, G., & Moncayo, L. *Estudio iconográfico de la cultura otavaleña en su manifestación gráfica textil*. (Tesis previo a la obtención del título de Licenciatura en Diseño Gráfico y Publicitario). Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL).

Oficina de Derechos Humanos. Sobre la Of. De Derechos Humanos, CAJ, RM: en particular, sobre el trabajo en extranjería y migración. Presentación disponible en:

<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=18765&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013) Migración y Derechos Humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional. Ginebra, ACNUDH.

Olea, H. et. al. (2012). *Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento*. En: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales.

Ordóñez, J. T., Colmenares, F., Gincel, A. & Bernal, D. (2013). *Migraciones de los Kichwas-otavalo en Bogotá*. Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes, Colombia.

Santibáñez, R., & Maiztegui, C. *Inmigración: Miradas y Reflejos. Historias, identidades y claves de intervención social*. Serie migraciones internacionales, N° 3, Universidad de Deusto, Bilbao.

Derecho a la educación en niños y niñas con discapacidad de origen visual: situación en Chile de la educación inclusiva en escuelas regulares*

Constanza Barrientos y Macarena Chehade

Resumen

La presente tesina tiene por objetivo analizar la situación actual en Chile de la educación inclusiva en escuelas regulares de niños y niñas con discapacidad de origen visual.

Para esto fue necesario situarse desde la normativa chilena vigente y las políticas públicas que la respaldan en el contexto de los tratados internacionales que existen en esta materia, analizando si están basadas desde la mirada de los derechos humanos y entregan una respuesta efectiva a las necesidades reales de la población en etapa escolar. De esta forma, es posible visualizar los numerosos intentos del estado chileno por escolarizar a los niños y niñas en situación de discapacidad que, hasta la fecha, se centraban en una educación segregadora y basada en las limitaciones, orientada a atender las necesidades de los estudiantes desde escuelas especiales en vez de entregar los apoyos requeridos en escuelas regulares y en igualdad de condiciones con sus pares.

Si bien, la temática se abordó desde diversas aristas a través de leyes, decretos, estrategias y programas, no fue sino hasta el presente año que en Chile comienzan a verse luces de una política pública que apunta a la real inclusión social, con la promulgación de la Ley 20.845 y el decreto N° 83, ambos de 2015, que propenden a garantizar el derecho a la educación para los niños y niñas en situación de discapacidad, incluyendo especificaciones en el área de la discapacidad visual. No obstante, ambas normativas entran en vigencia en 2016, lo que da cuenta de que aún existe una deuda pendiente con los estudiantes que presentan necesidades educativas especiales, a quienes el sistema de educación actual deja en situación de discapacidad, a causa de la falta de recursos.

* Tutor tesina: Eladio Recabarren H. Diplomado Derechos Humanos, Discapacidad y Políticas Públicas 2015-2016.

Presentación

Se abordará el siguiente trabajo desde una perspectiva de derechos humanos para analizar la presente realidad en Chile en el marco de la inclusión educativa de niños, niñas y jóvenes en situación de discapacidad de origen visual en escuelas regulares. Para esto se propone el siguiente interrogante:

¿Existe actualmente en Chile una política pública de inclusión que dé real respuesta a las necesidades de las y los estudiantes en situación de discapacidad de origen visual?

Para esto, cabe presentar la definición de *discapacidad* que plantea la Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF):

«Término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad y factores personales y ambientales»¹.

Desarrollo

1. Política pública

Para efectos de esta Tesina se comprende que una política pública nace para intentar solucionar un problema social que afecta a una cantidad relevante de personas que viven en una nación determinada, por tanto, corresponden al plan de acción de los órganos del estado, que tienen el deber de buscar el bien común y garantizar, de acuerdo a su normativa vigente, el respeto de los derechos y las libertades sin discriminación alguna.

2. Derechos Humanos

Los derechos humanos son garantías esenciales que permiten a las personas ser tratadas de manera igualitaria. Este concepto se instala como ideal común fundamental para los Estados cuando se construye la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.

Históricamente se ha hecho una distinción entre los derechos humanos, caracterizándolos en: derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Según la visión clásica, los primeros solo impondrían obligaciones al Estado de abstenerse de realizar actividades que pudieran entorpecer su goce (no censurar, no matar, no impedir la asociación); mientras que los segundos, obligarían al Estado a realizar prestaciones efectivas en favor de las personas titulares de tales derechos y a establecer un sistema de protección de la salud, de **educación**, de seguridad social, etc.

2.1 Política pública con enfoque de derechos humanos

El llamado «enfoque de derechos en las políticas públicas» considera el derecho internacional como un marco conceptual que contribuye a definir las obligaciones de los Estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo. Reconoce a las personas como titulares de derecho que obligan al Estado y éste debe ser garante de aquello. Por tanto, el punto de partida no es la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derechos que demandan prestaciones y políticas por parte de los Estados y de quienes los administran.

2.2 Derecho a la Educación

Como se mencionó anteriormente, el Estado debe garantizar el derecho a la educación de sus ciudadanos, que según organismos de la Naciones Unidas es entendido como:

¹ OMS (2001), Clasificación Internacional discapacidad.

«El derecho a una educación primaria gratuita obligatoria para todo niño, una obligación a desarrollar una educación secundaria accesible para todos los jóvenes (sin distinción racial), como también un acceso equitativo a la educación superior, y una responsabilidad de proveer educación básica a los individuos que no han completado la educación primaria. Adicionalmente a estas previsiones sobre acceso a la educación abarca también la obligación de eliminar la discriminación en todos los niveles del sistema educativo, fijar estándares mínimos y mejorar la calidad.» (UNESCO, UNICEF, 2007)²

La educación es tanto un derecho humano como un medio vital para promover la paz y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. A fin de que se realice su potencial para construir un mundo más pacífico, la educación debe ser universal y accesible de manera igualitaria para todos y todas.³ Es así como todo derecho humano debe cumplir con diversas características para ser garantizado: accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

En el caso del derecho a la educación, la *accesibilidad* se refiere a la eliminación de cualquier forma de discriminación por motivos de raza, discapacidad, religión, nivel socioeconómico, etc. Bajo la variable de *disponibilidad*, deberían existir suficientes instituciones educativas para cubrir la necesidad de toda la población. La *aceptabilidad*, respondería a la pertinencia cultural de los programas de estudio, de manera que sean aceptadas por los estudiantes y sus padres. Por último, la dimensión de *adaptabilidad* está relacionada con la adecuación de los programas a los cambios sociales y, en particular, a las necesidades específicas de cada estudiante.

Se desprende de lo anterior que las escuelas deben entregar los apoyos necesarios para las y los estudiantes de manera que todos tengan acceso igualitario a una educación de calidad.

Pero lo anterior: ¿se cumple efectivamente a la hora de garantizar el derecho a la educación a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad?

3. Discapacidad y educación

El término *educación inclusiva* ha venido asociándose a Necesidades Educativas Especiales (NNE) y a la defensa de la inclusión en el sistema regular de «niños y niñas diferentes». La *diferencia*, a su vez, suele ubicarse en el eje de las capacidades o, más bien, de las discapacidades. No obstante, el término debería designar la exclusividad en sentido amplio, abarcando todo tipo de diferencia (género, edad, etnia, lengua, ideología, credo, nivel socioeconómico, lugar de residencia o cualquier otra condición particular) y abogando por el derecho de toda persona a no ser excluida como sujeto de educación, dentro y fuera del sistema escolar.

A continuación, se presenta lo que proponen al respecto los organismos e instrumentos internacionales que se posicionan desde el derecho para hablar sobre inclusión educativa y discapacidad.

3.1 Educación Inclusiva en el marco internacional

El marco general de la inclusión educativa tiene sus fundamentos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (UNICEF (2001), TENORIO (2005); UNESCO (2008)) en la que se reconoce el derecho de todas las personas a la educación, con igualdad de oportunidades incluyendo en ello a personas con discapacidad.

Este marco regulativo de los derechos humanos se basa principalmente en:

- Los derechos de niños, niñas y adolescentes, consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y particularmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

² UNESCO, UNICEF (2007) *A Human Rights-Based Approach to Education for All*. p. 7.

³ Torres, R. (2006) “Derecho a la Educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela”

- El Derecho a la educación: «la escuela debe ser un instrumento para la igualdad de oportunidades para todos, además de un espacio de integración social, donde se conoce, comparte y convive con personas provenientes de otros grupos sociales, y se aprende a respetar y valorar al diferente. Se busca la mayor calidad educativa para todos, para lograr su plena participación e integración social y productiva en el mundo adulto».

- El derecho a la educación, la no discriminación y la participación: clarifica que los niños y niñas no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación, sino que deben recibir las ayudas y oportunidades que necesitan de acuerdo a sus características y necesidades individuales. En el ámbito educativo este derecho significa que los niños con necesidades educativas especiales deberían educarse con el resto de los alumnos de su edad y participar al máximo posible de las actividades escolares.

- El acceso a la educación es un derecho para todos los niños y niñas, el cual se hace exigible en Chile a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (1990). Sin embargo, la realidad revela contradicciones en ese sentido ya que un sinnúmero de niños, niñas y jóvenes quedan fuera de la educación regular por diversos motivos: vulnerabilidad socio-económica, ruralidad, discapacidad, etc.

3.2 Educación Inclusiva en Chile

La normativa vigente en Chile, respecto de la exigibilidad del derecho a la educación para los niños, niñas y adolescentes hoy en día está constituida por varias aristas. En primer lugar, la Ley 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (2010), que viene a reemplazar la antigua Ley 19.284, propone una nueva visión de la discapacidad que recoge en parte los principios planteados en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008). Por otro lado, la Ley 20.201 (2007) que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 (1998), sobre subvenciones a establecimientos

educacionales y otros cuerpos legales, es un antecedente para elaborar el decreto 170, que fija normas para determinar los estudiantes con NEE que serán beneficiarios de la subvención para la educación. Sumado a lo anterior, los Proyectos de Integración Escolar (PIE) entregan orientaciones específicas respecto de los apoyos y adecuaciones necesarias para entregar una educación en igualdad de oportunidades para todos. Recientemente, en 2015, se crea la Ley 20.845 de Inclusión Escolar que entra en vigencia en 2016, así como el Decreto n°83 del mismo año, que aprueba criterios y orientaciones de adecuación curricular para estudiantes con NEE de educación parvularia y básica.

La Encuesta Nacional de Discapacidad (ENDISC, 2004) revela que un 12,9% de la población chilena se encuentra en situación de discapacidad, de la cual solo un 8,5% se encuentra actualmente estudiando, mientras que en la población general este porcentaje alcanza el 27,5%.

La historia reciente revela como Chile ha llevado a la práctica la incorporación de las políticas en torno a la inclusión de niños y niñas con discapacidad en el sistema educativo.

Partiendo con la integración de niños y niñas con discapacidad en escuelas llamadas «normales», a comienzos de los años sesenta, bajo el modelo de normalización, posteriormente se crea la modalidad de *educación especial*, espacio educativo paralelo al regular donde se da cabida a estudiantes con discapacidades, así como también a estudiantes de educación básica que no lograban aprendizajes esperados en escuelas regulares (Unicef, 2001), lo cual se transformó en una práctica segregadora basada en las deficiencias, afectando directamente en el autoconcepto de los estudiantes.

En la década del noventa, se promulga el Decreto Supremo de Educación N° 490/90, que establece por primera vez normas para integrar alumnos con discapacidad en establecimientos de educación regular, hito muy importante para la educación especial, ya que marcó el inicio de una nueva etapa en esta área, centrando la atención en el diseño de

políticas educativas y estrategias que promuevan la generación de condiciones que faciliten la integración de los alumnos con discapacidad a la escuela regular.

Unos años después, se promulga el decreto N°1/98, con el cual se reconoce la educación especial como una modalidad de educación con subvención y derechos propios.

Posteriormente, se instalan en el sistema educativo los Proyectos de Integración Escolar, que permiten la entrega de recursos humanos y materiales para dar respuestas educativas ajustadas a niños, niñas o jóvenes con NEE, y conducir su proceso de desarrollo y aprendizaje contribuyendo así al logro de los fines de la educación.

Desde 1999 hasta la fecha, el Programa de Educación Especial ha impartido orientaciones técnicas al sistema educacional, con el propósito de apoyar la implementación de los proyectos de integración. Es así como en el año 2005 se publica el documento sobre la nueva Política Nacional de Educación Especial el que se definió un tiempo de puesta en marcha entre 2006 a 2010 donde se debía abordar diversas temáticas.

En este contexto se dio origen a la **Ley 20.201** del año 2007, con el principal objetivo de poner controles financieros a los sostenedores otorgando financiamientos diferenciados dependiendo si las diferentes Necesidades Educativas Especiales son transitorias o permanentes. Esta ley propone la elaboración del Decreto 170, un reglamento para la realización de la evaluación o diagnóstico de ingreso de Necesidades Educativas Especiales Transitorias (NEET) y Necesidades Educativas Especiales Permanentes (NEEP) para identificar a los/as estudiantes beneficiarios de la subvención. Sumado a lo anterior, este decreto implica un cambio de enfoque en la implementación de los PIE, ya que se sustenta en la valoración de las diferencias individuales, en el respeto por la diversidad y en la perspectiva de una visión más inclusiva de la educación. Se pone énfasis en el trabajo institucional de la escuela para lograr avanzar hacia la inclusión.

Paralelamente, el MINEDUC comienza a ejecutar políticas ministeriales tendientes a la inclusión educativa como:

Ley N° 20.370, General de Educación (2009): establece principios inclusivos y reconoce la modalidad de *educación especial*. Sin embargo, el derecho a la inclusión educativa de los niños, niñas y jóvenes con discapacidad quedaría sujeto a la voluntad de los oferentes de los servicios educativos para desarrollar proyectos de integración a la educación regular o crear escuelas especiales.

Ley N° 20.422 (2010). Deroga la ley N° 19.284 y como se menciona con anterioridad, establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de proporcionar los apoyos necesarios para que los niños, niñas y jóvenes con NEE tengan pleno acceso a la educación en igualdad de condiciones que sus pares.

3.2.1 Ley 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (2010)

El objeto de esta Ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad.

Desde esa visión, se entiende que una persona con discapacidad es:

«... aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

Por lo tanto, «cualquier distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico»⁴, será entendida como discriminación.

Del mismo modo, la ley declara que se generarán condiciones de igualdad de oportunidades cuando exista tanto la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, **educacional**, laboral, económica, cultural y social.

Para lo anterior, propone que «Toda persona o institución, pública o privada, que ofrezca servicios educacionales, [...]deberá realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos, procedimientos y prácticas de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos.» Sumado a esto, establece que el Estado debe proporcionar servicios de rehabilitación integral, entendida como «el conjunto de acciones y medidas que tienen por finalidad que las personas con discapacidad alcancen el mayor grado de participación y capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria», de manera que, desde la perspectiva del derecho a la educación, los niños y niñas en situación de discapacidad, deben contar con el apoyo necesario para el desarrollo de conductas, actitudes y destrezas que permitan su completa inclusión educacional.

En este contexto, la Ley profundiza respecto de la inclusión escolar, refiriendo que: «El Estado garantizará a las personas con discapacidad el acceso a los establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular o a los establecimientos de educación especial, según

corresponda, que reciban subvenciones o aportes del Estado».

Lo anterior trae implícito que todos los establecimientos educacionales deberían contar con las condiciones de accesibilidad universal que permitan a cualquier niño o niña acceder a las dependencias de la institución. Sin embargo, ¿se cumple esta afirmación? ¿Existe un organismo o figura legal que se encargue de fiscalizar que esto se lleve a cabo?

El artículo 36 de la Ley, señala «que (...) los establecimientos de enseñanza regular deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y los materiales de apoyo necesarios para permitir y facilitar a las personas con discapacidad el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles los recursos adicionales que requieren para asegurar su permanencia y progreso en el sistema educacional».

No obstante, en ningún caso se hace referencia a un ente fiscalizador ni a las posibles sanciones si es que lo anterior no se efectúa a cabalidad.

3.2.2 Proyectos de Integración Escolar (PIE)

Los PIE tienen el propósito de «contribuir al mejoramiento continuo de la calidad de la educación que se imparte en el establecimiento educacional, favoreciendo la presencia en la sala de clases, la participación y el logro de los aprendizajes esperados de todos y cada uno de los estudiantes, especialmente de aquellos que presentan necesidades educativas especiales, sean éstas de carácter permanente o transitorio» (MINEDUC, 2012).

A través de los PIE se obtiene la Subvención de la Educación Especial, recursos que permiten financiar la contratación de profesionales especializados de apoyo, la adquisición de material didáctico específico, el perfeccionamiento de los docentes, las adecuaciones de infraestructura necesaria y la implementación de una opción de capacitación

⁴ Ley 20.422 (2010) “Ley 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad”

laboral, en el caso de los alumnos que no puedan ingresar a la enseñanza media.

Con el Decreto N° 170, se establecen una serie de condiciones técnicas para la aprobación de los PIE (MINEDUC, 2010), destacando que:

- **El PIE debe constituir una estrategia para el mejoramiento continuo de la calidad de la educación en el establecimiento.** Por una parte, porque favorece la presencia en la sala de clases, la participación y el logro de los aprendizajes esperados de «todos y cada uno de los estudiantes», especialmente de aquellos que presentan NEE.
- **Debe contribuir con el mejoramiento de los resultados en los aprendizajes.** Se debe establecer metas relacionadas con el currículo adaptado y con el Plan de Mejoramiento SEP, considerando la opinión y colaboración de las familias y del propio estudiante con NEE; además, se debe implementar un sistema de evaluación y seguimiento del progreso de los estudiantes con NEE.
- **Debe contar con una planificación rigurosa de la utilización de los recursos que aporta la fracción de la Subvención de Educación Especial.** Dichos recursos deben utilizarse en contratación de recursos profesionales, capacitación y perfeccionamiento, materiales educativos, evaluación diagnóstica, coordinación, trabajo colaborativo y evaluación, así como la evaluación anual del PIE.

En Chile actualmente la población beneficiaria de la Educación Especial en el marco de los PIE ha ido en aumento: en el período entre 2004-2007 aumentó en 36%, alcanzando a 55 302 el año 2007. Por su parte, el número de establecimientos que contaba con PIE aumentó en 25% en el mismo período, alcanzando a 9727 el año 2007 (un 46% de los establecimientos municipales y un 14% de los establecimientos particulares subvencionados tenían PIE). Según el Informe de establecimientos subvencionados con proyectos de integración funcionando, de la Unidad de Educación Especial del MINEDUC, en el año

2011 existían 4393 establecimientos con PIE, incluyendo municipales y particulares subvencionados. Del total de estudiantes con NEE cubiertos en establecimientos con PIE, en el 2011 el 60% (79 267) correspondió a NEET y el 40% (52 462) a NEEP. Asimismo, el 78% de ellos estaba matriculado en establecimientos municipales y el 22% restante en particulares subvencionados (MINEDUC, 2011).

En la actualidad, Chile cuenta con 1920 Escuelas especiales, que reciben a 157 028 estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes y transitorias. Asimismo, el número de Escuelas y Liceos que cuentan con Programas de Integración Escolar asciende a 4682, entregando apoyo a 210 332 niños, niñas y jóvenes a lo largo de todo el país.⁵

3.2.3 Ley 20.845 (2015) de Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado

Esta ley realiza modificaciones al decreto n° 2 de 2009, de la ley 20 370 del Ministerio de Educación. Propone el concepto de *diversidad*, señalando que «el sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las familias (...)». Agrega los vocablos *integración e inclusión*, refiriéndose al «sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes»; y modifica el término *educación* por *educación inclusiva*, añadiendo la importancia de velar por que se generen las condiciones necesarias para el acceso y permanencia de los estudiantes con NEE en establecimientos de educación regular o especial, según sea el interés superior del niño o niña.

Un aspecto relevante de esta nueva ley, es que se refiere al factor de la dignidad humana, obligando a los establecimientos de educación a proteger y

⁵ Ministerio de Educación (2015) POLITICA NACIONAL DE EDUCACION ESPECIAL, NUESTRO COMPROMISO CON LA DIVERSIDAD.

promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de cada ciudadano.

3.2.4 Decreto n°83/2015 que aprueba criterios y orientaciones de adecuación curricular para estudiantes con NEE de educación parvularia y básica

Como es posible visualizar en el punto anterior, durante el 2015 ha habido avances en materia de inclusión escolar desde el marco legal del Estado de Chile. Es así como también se crea el decreto 83/2015, que propone una visión más actualizada respecto de la educación especial enfocada a la respuesta educativa ajustada a la diversidad, señalando que:

«Es aquella modalidad educativa que posee una opción organizativa y curricular dentro de uno o más niveles educativos de la educación regular, proveyendo un conjunto de servicios, recursos humanos, técnicos, conocimientos especializados y ayudas para atender las necesidades educativas especiales que puedan presentar algunos alumnos de manera temporal o permanente a lo largo de su escolaridad, como consecuencia de un déficit o una dificultad específica de aprendizaje, procurando dar respuesta a requerimientos específicos de aprendizaje personales o contextuales, con el propósito de garantizar la igualdad en el derecho a la educación».⁶

A partir de lo anterior y, de acuerdo al artículo 36 de la Ley N°20.422, «los establecimientos de enseñanza regular deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y los materiales de apoyo necesarios para permitir y facilitar a las personas con

discapacidad el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles los recursos adicionales que requieren para asegurar su permanencia y progreso en el sistema educacional».

3.3 Políticas específicas enfocadas a la discapacidad visual

Entrando en materia específica de inclusión educativa y discapacidad de origen visual, existen dos marcos normativos referentes a esta temática. El primero, el decreto supremo N°89 del año 1990, establece en detalle planes y programas de estudio para alumnos con discapacidad de causa visual para ser aplicados en Escuelas Especiales. Define los contenidos a abordar en cada etapa del desarrollo de manera clara y específica, sin embargo, no es aplicable en escuelas regulares, lo cual se aleja de ser una estrategia inclusiva y gestada desde una mirada de derechos humanos. Esto, opta por segregar a los alumnos con NEE, en vez de proporcionarle los apoyos que necesitan en un contexto acorde a su edad y capacidades, sin privarlo de interactuar de manera igualitaria con su entorno y sus pares.

Chile ha tenido que esperar veinticinco años para poder contar con una política que propenda a garantizar el pleno acceso de los niños, niñas y jóvenes ciegos o con baja visión a la escuela, en igualdad de oportunidades que sus pares, con la promulgación del ya mencionado decreto n°83/2015, que ubica a la discapacidad visual como una necesidad educativa especial de carácter permanente, definida como «aquellas barreras para aprender y participar, diagnosticadas por profesionales competentes, que determinados estudiantes experimentan durante toda su escolaridad y que demandan al sistema educacional la provisión de apoyos y recursos adicionales o extraordinarios para asegurar su aprendizaje escolar».

Con lo anterior, establece las medidas necesarias que deben implementar los establecimientos de educación pública y subvencionada para responder a

⁶Ministerio de Educación (2015) División de Educación General, Unidad de Currículum.

las necesidades específicas de cada estudiante, considerando la diversidad de percepción y comprensión de los contenidos; la diversidad en las formas de ejecución de tareas y la expresión de ellas y la diversidad en las formas de participación de los estudiantes en la situación de aprendizaje.

Define, además, dos tipos de adecuaciones curriculares: de acceso y de objetivos de aprendizaje.

Las **adecuaciones de acceso** «son aquellas que intentan reducir o incluso eliminar las barreras a la participación, al acceso a la información, expresión y comunicación, facilitando así el progreso en los aprendizajes curriculares y equiparando las condiciones con los demás estudiantes». Para ello se deben considerar cuatro criterios:

- **Presentación de la información:** la forma de presentar la información debe permitir a los estudiantes acceder a través de modos alternativos.
- **Formas de respuesta:** proporcionar las mismas alternativas descritas anteriormente para facilitar la expresión del estudiante.
- **Entorno:** organización del entorno físico del estudiante, de manera que tenga acceso autónomo.
- **Organización del tiempo y del horario:** adecuar el tiempo utilizado en una tarea, actividad o evaluación; organizar espacios de distensión o desfogue de energía; permitir el cambio de jornada en la cual se rinda una evaluación, entre otros.

Por otro lado, las **adecuaciones en los objetivos de aprendizaje** implican un proceso de priorización en función de los requerimientos específicos de cada estudiante, que no debe dejar fuera los siguientes criterios:

- **Graduación del nivel de complejidad**
- **Priorización de objetivos de aprendizaje y contenidos**
- **Temporalización:** flexibilizar los tiempos establecidos en el currículum para el logro de determinados aprendizajes.

- **Enriquecimiento del currículum:** complementar el currículum con algunos contenidos no incluidos y que son de importancia para el desempeño académico y social del estudiante. En el caso de los que presentan discapacidad visual, se propone el aprendizaje del sistema Braille u otros sistemas alternativos de comunicación.
- **Eliminación de aprendizajes:** solo cuando otras formas de adecuación curricular, como las descritas anteriormente, no resultan efectivas.

Otro punto relevante sobre el decreto, es que visualiza al estudiante como un sujeto de derechos, que tiene capacidad de elegir por sus intereses y, en base a todo lo anterior, tiene derecho a acceder a una educación de calidad en igualdad de condiciones y que entregue una respuesta oportuna a sus necesidades específicas.

Sin embargo, esta normativa está enfocada únicamente en la educación parvularia y básica, por lo que surge el interrogante: ¿qué sucede con los estudiantes que ingresan a niveles de educación media y superior? Es posible afirmar entonces que, a pesar de los esfuerzos, en Chile aún falta continuidad entre los distintos ciclos del sistema escolar y mecanismos de coordinación para favorecer la transición de un nivel a otro. Esto ha significado que muchos niños y niñas que han tenido la experiencia de educarse en la escuela regular, tengan que incorporarse por primera vez a una escuela especial o volver a ella, restringiendo sus posibilidades de un proyecto de vida integrado y cayendo nuevamente en un sistema educativo de marginación y exclusión por causa de discapacidad.

Si bien, tanto el decreto 83/2015 como la Ley 20.845 propenden a garantizar el derecho a la educación para los niños y niñas en situación de discapacidad de origen visual, ambas entrarán en vigencia progresivamente a partir del año 2016. Esto permite criticar el modelo actual de inclusión educativa, en el cual, el hecho de que niños con algún grado y origen de discapacidad asistan a la escuela regular no asegura necesariamente que estén participando en

igualdad de condiciones en las actividades escolares. Diversas experiencias demuestran que algunos PIE funcionan bajo la modalidad de segregar a los alumnos con NEE del resto de sus compañeros en la mayoría de las actividades educativas, produciéndose más bien una inclusión «física», donde los niños y niñas asisten al mismo establecimiento educacional pero no comparten el currículum ni tienen acceso a una calidad educativa igualitaria.

Conclusiones

Este trabajo ha realizado un recorrido desde el análisis de las políticas públicas, el enfoque de derechos humanos y su aplicación al ámbito de la educación, con especial énfasis en la inclusión de niños y niñas en situación de discapacidad de origen visual en escuelas regulares chilenas, a partir de lo cual, ha sido posible visualizar avances y dificultades a lo largo de la historia para garantizar el derecho a la educación y lograr una verdadera inclusión.

Las dificultades se producen por la inexistencia de un Estado garante que proteja los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas, teniendo como rol fundamental el bien común de las personas, en éste caso en especial el derecho de los niños, niñas y jóvenes con discapacidad de origen visual y su derecho de ser educados en escuelas regulares, en igualdad de condiciones que sus pares.

En Chile cerca de un millón de niños y niñas estarían siendo discriminados por la escasa respuesta del sistema educativo a sus NEE, y con ello también sus familiares directos, es decir, alrededor de 4 millones de personas en total. Esa situación resulta como producto de la interacción de diversos factores: desde la falta de políticas públicas focalizadas, la escasa capacitación de los educadores y la falta de pertinencia de los equipos técnicos en las escuelas, sumado a la variable «cultura» que a lo largo de la historia ha validado la segregación de aquellos que son llamados *diferentes*, por lo que los padres han debido recurrir en muchos casos a escuelas especiales para acceder a la educación de sus hijos.

Se trata de un problema de dimensiones que, en caso de ser adecuadamente resuelto, incrementaría de manera significativa la calidad de vida de un porcentaje importante de la población. Es necesario, por tanto, avanzar en cobertura, pero también en calidad.

Resulta de esencial relevancia la incorporación del enfoque de derechos humanos de forma transversal en las políticas públicas, para así garantizar que en su diseño se establezcan todas las dimensiones necesarias para obtener una política con equidad. Se necesita un movimiento social activo y observante de todo lo que sucede alrededor del Estado, sus políticas, sus funcionamientos y sus recursos. Para ello, es importante tener una sociedad empoderada, y en especial las personas en situaciones de discapacidad, organizadas y politizadas, exigiendo el derecho a decidir sobre la soberanía de sus cuerpos, la autonomía de elegir y participar activamente de las políticas y de todos los espacios de poder en la sociedad.

Es de esta manera, que ha sido posible ver avances recientes en materia de educación inclusiva, que se materializan en la promulgación de la Ley 20.845 y el decreto 83, ambos del año 2015, lo cual denota la incidencia de los movimientos sociales por la educación en los últimos años en Chile y el interés del Estado de hacerse parte, creando políticas que protejan y garanticen este derecho universal.

Sin embargo, aún se está en vías de lograrlo. Se requiere aunar esfuerzos, inyectar recursos y construir una cultura inclusiva que impacte en la ciudadanía creando mayor conciencia sobre la urgencia de que el sistema educativo acoja y ofrezca una educación de calidad a todos los niños, niñas y jóvenes, sin discriminaciones de ningún tipo, pero también se requiere participación de las personas en situación de discapacidad como titulares de este derecho para exponer sus necesidades y lograr una verdadera inclusión.

El horizonte para la sociedad chilena debería ser que todas las escuelas reciban en sus aulas a los niños, niñas y adolescentes con necesidades educativas

especiales y proporcionarles los apoyos necesarios para que exista equidad en el acceso a la educación.

Propuestas

- Implementar una política pública integral que reconozca y proteja el derecho de las personas en situación de discapacidad y brinde una educación de calidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, integrando organismos encargados de la fiscalización y sancione a aquellas instituciones que no cumplan con lo establecido.
- Que dicha política pública se gesté desde la apertura de espacios de participación y diálogo social entre el estado y la ciudadanía, en especial de las personas en situación de discapacidad y sus familias.
- Incluir la participación ciudadana tanto en la creación de la política, como en su implementación y evaluación de ésta, validando realmente la opinión y experiencia de quienes son titulares del derecho.
- Que la sociedad civil tenga verdaderamente la facultad de fiscalizar al Estado de Chile en materia del derecho a la educación. Para esto es necesario entregar las herramientas a la ciudadanía y concientizar respecto de sus deberes como titulares de derechos, a través de la creación de instancias de educación colectiva, ya que la difusión del conocimiento, la generación de discusiones en diferentes ámbitos de la sociedad y el compromiso frente a este importante desafío, más allá del mundo de los expertos y las autoridades, contribuirá a la construcción de una cultura más inclusiva que respete y valore la diversidad, eliminando toda forma de segregación y exclusión.
- Conocimiento público y masivo de la existencia de las convenciones y tratados internacionales de protección a los derechos humanos.
- Realización de campañas de sensibilización a nivel del sistema educativo, con un mensaje dirigido a sostenedores, directivos, docentes, alumnos y apoderados, incentivando a que incluyan en sus comunidades escolares a alumnos con NEE, incorporando los recursos que sean necesarios para proporcionarle a cada estudiante los apoyos que requiera particularmente.
- En los programas de formación de profesores incluir la temática de la atención de alumnos con NEE asociadas a una discapacidad, de forma que los docentes construyan los conocimientos, estrategias y actitudes necesarias para el desarrollo de escuelas inclusivas. La malla curricular de la carrera de formación docentes debería contar con un tronco común (parvularia, básica, media y diferencial), lo que facilitaría un trabajo coordinado y en equipo durante el futuro ejercicio profesional.
- Construir redes entre escuelas y equipos que trabajen en integración educativa para el intercambio de experiencias y aprendizajes.
- Unificar el sistema de educación regular y especial de modo de posibilitar el tránsito de la escuela especial a la escuela común.
- Implementar programas de capacitación en servicio sobre educación inclusiva a nivel nacional, tanto para los docentes de la educación común como para los docentes de la educación especial y otros profesionales que realizan funciones de apoyo.
- Revisar y modificar la normativa vigente en las políticas educativas a la luz de los nuevos enfoques y definiciones acerca de necesidades educativas especiales e inclusión educativa.

Bibliografía

UNESCO, UNICEF (2007) A Human Rights-Based Approach to Education for All. p. 7.

Torres, R. (2006) "Derecho a la Educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela" Ponencia presentada en el Simposio Ciutat.edu: Nuevos retos, nuevos compromisos. 9-11 de octubre. Barcelona, España

Ley 20.422 (2010) "Ley 20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad"

Ministerio de Educación (2015) Política nacional de educación especial, nuestro compromiso con la diversidad.

Ministerio de Educación (2015) División de Educación General, Unidad de Currículum.

MINEDUC (2009) Marco normativo y legal de la educación especial en Chile

REPUBLICA DE CHILE Y MINISTERIO DE EDUCACION (1990). Dirección de educación asesoría jurídica recopilación y reglamentos aprueba planes y programas de estudio para educandos con déficit visual.

Becker, G. (1995), Conceptos Básicos en el análisis de las políticas públicas, Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile.

Abramovich, V. (2006) Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL N° 88.

Naciones Unidas, Asamblea General (2011). Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. 66/269.

EL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA DE LA LEY 20.584, ¿se somete a los estándares de la legislación internacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas?

*Claudio Colivoro Vera**

* Abogado de la Universidad Católica de Valparaíso, asesor jurídico del Servicio de Salud del Reloncaví y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Los Lagos, sede Puerto Montt. Tutora: Carolina Huenchullán A. Diplomado Derechos Humanos, Pueblos Indígenas y Políticas Públicas en América Latina y el Caribe 2015-2016.

1. Introducción

Durante el año 2012 entró en vigencia la ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. En conformidad al artículo 7° de la ley, en aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas.

El mandato legal antes transcrito significó que durante el segundo semestre del año 2014 el Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública (concretamente la Oficina de Salud y Pueblos Indígenas) organizó en regiones por medio de la Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, talleres de construcción participativa de propuesta reglamentaria del artículo 7°, para lo cual se extendieron invitaciones a las organizaciones indígenas en cada región.

La propuesta reglamentaria a su vez implicó que durante el segundo semestre de 2015 el Ministerio de Salud (a través de la Subsecretaría de Salud Pública) organizase en las regiones por medio de la Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, un proceso de participación y consulta de las organizaciones indígenas respecto de dicha propuesta de Reglamento.

El presente trabajo pretende entonces proponer el análisis de la siguiente cuestión: el procedimiento de participación y consulta de la ley 20.584, ¿se somete a los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos de los pueblos indígenas?

Para abordar el objeto de estudio, este trabajo se divide en dos partes: la primera parte da cuenta del marco teórico normativo vinculado con la salud intercultural (tanto en América Latina como en

Chile) y las normas de derecho internacional aplicables al caso, básicamente el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; la segunda, se centrará en describir el proceso de participación y consulta en la Región de Los Lagos (básicamente en la provincia de Llanquihue) y luego contrastar el mismo, con la experiencia de la Comunidad Huilliche Pichi Maule de Teguvalda, comuna de Fresia y la opinión que sus dirigentes tienen del proceso de participación y consulta de la ley 20.584.

La metodología a usar será el estudio de caso, método de investigación que en el ámbito de las Ciencias Sociales se le define como «la investigación empírica de un fenómeno determinado que se hace en uno o en algunos pocos grupos naturales, dentro de su propio contexto de ubicación».¹

Para abordar el estudio, se consideran como fuentes de información:

1. Documentos: declaraciones internacionales, convenios, leyes y programas públicos.
2. Registros: principalmente reportes de reuniones de la SEREMI de Salud y títulos de la comunidad.
3. Observación participante: asistencia a talleres convocados por la SEREMI de Salud y visita a terreno a la comunidad Pichi Maule.

¹ En Briones Guillermo; «Métodos y técnicas avanzadas de investigación aplicadas a la educación y las Ciencias Sociales», Programa Interdisciplinario de investigaciones en educación; Santiago; 1989.

2. PRIMERA PARTE: Marco teórico normativo

2.1 La salud intercultural como concepto y experiencia

A lo largo de las últimas dos décadas la salud intercultural ha ido cambiando. En una primera fase se planteó como un proceso dinámico y permanente de relación, comunicación y aprendizaje entre culturas, en condiciones de legitimidad mutua e igualdad, que se construía entre personas y grupos con conocimientos y prácticas culturalmente distintos.²

En la medida en que se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, el concepto de *salud intercultural* se ha ampliado para abarcar la promoción de cambios en los factores estructurales de exclusión, así como en la organización y oferta de los servicios de salud.³

La *interculturalidad* en salud se entiende como un proceso colectivo de negociación y construcción de significados que tiene lugar entre actores sociales de culturas distintas en torno a sus epistemologías y modelos de realidad, etapas y ciclos de vida, proceso de salud, enfermedad, sanación y concepto de persona, tiempo y espacio, mediante el cual se busca lograr el bienestar de un pueblo en un territorio socialmente significativo y clínicamente adecuado (Oyarce y Pedrero, 2007).

El derecho a la salud de los pueblos indígenas como colectivos diferenciados está consignado en las constituciones de Bolivia, Ecuador, México y Venezuela. En general en catorce países de la región existe alguna instancia estatal que asume el mandato específico de gestionar la salud intercultural.

Según un informe de la CEPAL –CELADE de 2013, las políticas sectoriales del periodo anterior a 2007

supusieron importantes avances en el plano de la salud de los pueblos indígenas. Al efecto diez países de la región tenían programas destinados a los pueblos indígenas: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. En el periodo de 2009 a 2013 se incorporaron otras iniciativas en Colombia, Guatemala, Honduras y Paraguay. El Salvador y Uruguay son los únicos países donde no existen oferta de servicios ni programas de salud específicos para los pueblos indígenas.⁴

Cabe señalar que además de las políticas y los programas, en la mayoría de los países se han realizado acciones con enfoque intercultural en el marco de las estrategias sobre atención primaria de la salud, salud sexual y derechos reproductivos, así como en el marco de los programas materno-infantiles y en los orientados a la salud mental y las enfermedades infecciosas.

En síntesis, en el nivel regional, los principales enfoques considerados en las experiencias orientadas al desarrollo de modelos de salud intercultural han sido: **a)** el uso de componentes de la medicina indígena en la provisión o gestión de la salud; **b)** la oferta conjunta de medicina occidental y de medicina indígena en las mismas instalaciones de salud, y **c)** el establecimiento de mecanismos de complementariedad y coordinación horizontal entre los sistemas de salud indígena y occidental, manteniendo cada uno sus propios espacios.⁵

2.2 La experiencia chilena y el Programa Especial de Salud de Pueblos Indígenas (PESPI)

El Ministerio de Salud, desde la década del 2000 ha desarrollado el Programa de Salud y Pueblos Indígenas (PESPI) orientado a apoyar acciones o actividades propuestas y emanadas desde los propios pueblos indígenas y que tienen algún tipo de impacto en la salud de los integrantes de las comunidades y organizaciones indígenas. El apoyo se traduce básicamente en la transferencia anual de

² En, CEPAL; «Los Pueblos Indígenas en América Latina», Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos; Santiago, 2014.

³ Ob. Cit. (n.2)

⁴ Ob. Cit. (n.2)

⁵ Ob. Cit. (n.2)

recursos económicos contra proyectos elaborados por las comunidades, asociaciones o Municipalidades.

En el marco del proceso de reforma del sector salud, basado en las disposiciones legales y reglamentarias específicas vigentes⁶, a partir del año 2006 el Ministerio de Salud establece una modalidad de organización acorde a la reforma sectorial y al objetivo de éste programa. El programa ha venido impulsando diversas estrategias para la incorporación del enfoque intercultural en los programas de salud, principalmente en aquellas comunas con composición poblacional de origen indígena.

Asimismo, ha instado a los Servicios de Salud a potenciar aquellos procesos de complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema oficial y la que proveen los pueblos indígenas, a fin de que las personas de los pueblos originarios puedan obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud.

Todo ello, en concordancia con los objetivos sanitarios para la década (2011-2020) «Inequidades en Pueblos Originarios», para lo cual los Servicios deberán establecer mecanismos que puedan desarrollar e implementar políticas, planes y programas sectoriales que competen a ambas subsecretarías del Ministerio de Salud⁷.

A nivel central la organización del Ministerio en materia de Salud y Pueblos Indígenas se inserta tanto en la Subsecretaría de Salud Pública como en la Subsecretaría de Redes Asistenciales. En Redes Asistenciales, específicamente en la División de Atención Primaria (DIVAP) se encuentra la Unidad de Pueblos Indígenas.

Propósito del Programa

Contribuir al mejoramiento de la situación de salud de los pueblos indígenas, a través del desarrollo progresivo de un modelo de salud con enfoque intercultural diseñado y operacionalizado conjuntamente con los representantes de organizaciones y/o comunidades indígenas.

Objetivo General y componentes del programa⁸

Contribuir a la disminución de brechas de inequidad, en la situación de salud de los pueblos indígenas a través de la construcción participativa de planes de salud que reconozcan la diversidad cultural, promuevan la complementariedad entre sistemas médicos y provean servicios de salud adecuados que respondan a necesidades, derechos y perfiles epidemiológicos específicos. Los componentes del programa son: equidad, enfoque intercultural en salud y participación social indígena.

2.3 Marco normativo:

2.3.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹

En ella se señala que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos, pero a su vez se reconoce su derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. En dicho contexto, las personas indígenas tienen derecho a gozar plenamente de los más altos niveles de salud física y mental y, junto con ello, como pueblos, tienen el derecho a desarrollar y mantener sus propios sistemas, conocimientos, medicinas, prácticas e instituciones de salud.

En el artículo 21 se afirma que los pueblos indígenas «tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y

⁶ Explicitadas en el Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas 2013.

⁷ En, Ministerio de Salud; «Orientaciones técnicas y Guía Metodológica», Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas, 2014.

⁸ En Ob. Cit. (n.7)

⁹ Resolución 61/295, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el año 2007.

sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesional, la vivienda el saneamiento, la salud y la seguridad social».

El artículo 23 establece además que «tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones».

El artículo 24 señala que dichos pueblos «tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud», y agrega: «las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho».

En el artículo 34 de la Declaración se establece que las personas indígenas tienen el derecho al acceso sin discriminación a todos los servicios de salud.

En lo referido a la participación y la consulta las normas rectoras son los artículos 18 y 19, el primero de ellos señala: «Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones». A su vez, el artículo 19 establece el proceso de la consulta y las condiciones que esta debe reunir para ceñirse al estándar del derecho internacional, señalando al efecto: «Los Estados

celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado».

2.3.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En su parte V se consagra el derecho a la organización y la prestación de los servicios de salud bajo la responsabilidad y control de los pueblos indígenas y se les asegura atención equilibrada y de calidad.

En el artículo 25 se establece que los gobiernos deben velar para que se pongan a disposición de los pueblos indígenas servicios adecuados o proporcionar los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

Otros derechos que se reconocen

a) derecho a la medicina tradicional indígena, sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (art. 25) y al enfoque holístico de salud; **b)** derecho a la organización de los servicios de salud en el nivel comunitario sobre la base de sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales; **c)** derecho a la formación de trabajadores y trabajadoras de la salud provenientes de los propios pueblos indígenas; **d)** derecho a que los servicios de salud formen parte de políticas públicas nacionales e integrales; **e)** derecho a que la prestación de servicios de salud se coordine con otras medidas sociales, económicas y culturales implementadas en el país y **f)** derecho a que los regímenes de seguridad social se extiendan a los pueblos y se apliquen sin discriminación alguna.

2.3.3 La normatividad interna

El Estado de Chile con fecha 15 de octubre de 2008, publicó en el diario oficial el Decreto Supremo promulgatorio del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Dicho Convenio entró en vigencia en Chile a contar del 15 de septiembre de 2009. El artículo 6° del Convenio establece:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».

2.3.4 Ley 19.253 establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas

Esta ley entró en vigencia el 5 de octubre de 1993, y en armonía con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en su artículo 34 señala: «Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley».

2.3.5 Ley 20.584 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud

A partir del 1° de octubre de 2012 entró en vigencia la ley 20.584, la cual regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Al efecto, la ley reconoce una serie de derechos y deberes que tienen las personas en su relación con los establecimientos públicos y privados de salud.

Básicamente reconoce la autonomía de las personas en las acciones vinculadas a su salud y su derecho a la información. En el artículo 7 de dicha ley se dispone: «En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura».

Conforme a dicha norma, el Ministerio de Salud, desplegó durante el año 2014, a través de las

Secretarías Regionales Ministeriales, una serie de acciones tendientes a elaborar una propuesta o borrador de Reglamento cuya finalidad es hacer aplicable el artículo 7° de la ley 20.584 en los establecimientos públicos de salud. Sobre la base de dicho propuesta o borrador de Reglamento, a contar del segundo semestre del presente año 2015, el Ministerio de Salud lo ha sometido a un procedimiento de participación y consulta por parte de los miembros de los pueblos originarios.

En el borrador de Reglamento se definen conceptos como: *atención de salud con pertinencia cultural, prestador institucional público, modelo de salud intercultural, facilitador intercultural, pueblos indígenas, sistemas de sanación de los pueblos originarios, territorio con alta concentración de población indígena.*

Atención de salud con pertinencia cultural: aquella relación respetuosa entre los equipos de salud y las personas pertenecientes a pueblos indígenas en el proceso de atención de salud, basada en el reconocimiento que estos hacen a la cultura, filosofías de vida, conceptos de salud-enfermedad y sistemas de sanación propios de los pueblos indígenas, para entregar servicios de salud integrales y de calidad.

Prestador institucional público: aquellos que organizan en establecimientos asistenciales públicos medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad.

Pueblos indígenas: aquellos a los cuales el convenio 169 de la OIT considera indígena por descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones

sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Modelo de salud intercultural: forma en que los equipos de salud de manera conjunta con los pueblos indígenas diseñan, organizan, implementan, evalúan y actualizan la gestión del establecimiento de salud, con la finalidad de adecuarlo culturalmente, articulándose y complementándose con los sistemas de sanación de los pueblos indígenas para mejorar las condiciones de salud de las personas y comunidades indígenas, favoreciendo el mejor estado de bienestar posible en la perspectiva de sus concepciones de «vida buena» o «buen vivir».

Sistemas de sanación de los pueblos originarios: conjunto de conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas sustentando en sus propias cosmovisiones para entender la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, visiones del mundo, espiritualidad, normatividad, ciencia y conocimientos médicos, innovaciones derivadas de dichos conocimientos, agentes de salud indígena, métodos de prevención y promoción de la salud, prácticas curativas, lugares sagrados, ecosistemas y territorios, así como prácticas de vida que aportan a alcanzar el equilibrio y el «buen vivir» de los diversos pueblos indígenas.

Facilitador intercultural: aquella persona indígena que se desempeña como nexo mediador entre el prestador institucional público, las personas, familias y comunidades indígenas.

Territorio con alta concentración de población indígena: lugares de residencia permanente y/o temporal de personas, comunidades y organizaciones indígenas que pertenecen a los pueblos indígenas de acuerdo a la ley indígena y/o al Convenio 169 de la O.I.T.

3.- Metodología

Conforme al marco normativo jurídico expuesto y vigente, el presente trabajo pretende establecer si el procedimiento de participación y consulta de la propuesta de Reglamento del artículo 7° de la ley 20 584 se somete a los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, básicamente a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y al Convenio 169 de la OIT. Cabe señalar que el Ministerio de Salud, a través de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud está impulsando dicho proceso en las regiones. En la región de Los Lagos el proceso se inició con la convocatoria realizada por la SEREMI de Salud en el mes de agosto de 2015 a las autoridades de los tres Servicios de Salud que existen en la región, ocasión en la que se constituyó la mesa regional encargada de impulsar dicho proceso¹⁰.

En lo que interesa para el presente trabajo, la metodología a aplicar es la de estudio de caso, situando el estudio en la comuna de Fresia, Provincia de Llanquihue, Región de Los Lagos. Según la encuesta CASEN 2009, de una población comunal de 12 066 habitantes, 1382 habitantes de la comuna se declaran pertenecer al pueblo mapuche, lo cual representa un 11 % de la población comunal¹¹. Para ello se entrevistó a dirigentes de la comunidad indígena de Pichi Maule, la cual se ubica en el sector rural Teguvalda, con la finalidad de obtener la percepción de dicha comunidad, respecto del procedimiento de participación y consulta. Se entrevistó en profundidad a la Presidenta de la Comunidad doña Lucía Catrilef, al Vicepresidente y Tesorero don Armando Quinchagual y a la Coordinadora en temas de salud y cultura doña Maribella Vidal. Asimismo, se recogió información de la SEREMI de Salud y del Servicio de Salud del Reloncaví,

respecto de la implementación y avance del proceso en la provincia de Llanquihue, región de los Lagos.

4.- SEGUNDA PARTE: El procedimiento de participación y consulta de la ley 20.584, ¿se somete a los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos de los pueblos indígenas?

El procedimiento de participación y consulta impulsado desde el Ministerio de Salud se divide en dos partes: la primera se desarrolló durante el segundo semestre del año 2014 y consistió en convocar desde el Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, y a través de las SEREMI de Salud en colaboración con los Servicios de Salud, a las organizaciones indígenas a un encuentro regional en una primera ocasión y luego a talleres de construcción participativa de propuesta reglamentaria del artículo 7 de la ley 20 584, que en el caso de la Región de Los Lagos, fueron de carácter provincial. Con fecha 2 de diciembre de 2014 se convocó a Taller Regional de Finalización del proceso de construcción participativa de la propuesta reglamentaria.

Los criterios para invitar a las organizaciones indígenas fueron definidos por cada SEREMI de Salud en conjunto con los Servicios de Salud. En el caso de la jurisdicción de la Región de Los Lagos, se priorizó a aquellas organizaciones que venían trabajando con dichas instituciones a través de las mesas comunales de salud.

La propuesta de reglamento contiene conceptos ya descritos en la primera parte de este trabajo y al respecto, resulta útil rescatar las observaciones que se hicieron por parte de las organizaciones indígenas:

- **Modelo de salud intercultural:** ¿cuál es el modelo de salud intercultural que se quiere?

¹⁰ Se constituyó formalmente por medio de Resolución exenta N° 1401 de fecha 13 de noviembre de 2015 de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos.

¹¹ Último dato oficial disponible, ya que encuestas CASEN más recientes no consignan población indígena.

- **Atención de salud con pertinencia cultural:** ¿cómo se formaliza y se garantiza la atención en medicina tradicional indígena? ¿Cuáles son los plazos aceptables para preparar al sistema público para cumplir con este mandato? ¿De dónde se obtienen los recursos para implementar este ámbito del artículo 7? ¿Algún servicio de salud se acerca a una atención de salud con pertinencia cultural?

- **Facilitador intercultural:** se sugiere que el concepto diga: «deseable hablante de la lengua originaria» o «que sea hablante de acuerdo a la particularidad del territorio». En el caso del territorio que corresponde al Servicio de Salud del Reloncaví hay personas conocedoras de la lengua pero no hablantes. Los facilitadores interculturales que se desempeñen en los establecimientos de salud de la red asistencial deberán ser parte del equipo de salud local, contar con un contrato laboral, un espacio de trabajo adecuado y acceso a capacitación permanente. Deben ser reconocidos y validados por la comunidad, debe además ser evaluados por ella.

- **Derecho a recibir asistencia religiosa** propia de su cultura. Se pide cambiar «asistencia religiosa» por «asistencia espiritual».

La segunda parte del proceso de participación y consulta se empieza a desplegar a contar del segundo semestre de 2015, primero mediante la constitución con fecha 26 de agosto, de una Secretaría Regional para el proceso, cuya integración correspondió a la SEREMI de Salud de la Región de Los Lagos, a los Directores de los Servicios de Salud del Reloncaví, de Chiloé y de Osorno y otros profesionales tanto de la SEREMI de Salud como de cada uno de los tres Servicios de Salud involucrados. Luego se convocó a las organizaciones indígenas a una reunión de carácter regional, separándolos por provincia, para definir la metodología a usar para el procedimiento de participación y consulta. En el caso de la provincia de Llanquihue, se concordó que las reuniones de participación y consulta iban a replicar las mesas de trabajo comunal y las convocatorias se realizarían a través de radio principalmente, además se planteó que la SEREMI de Salud entregaría el material de

análisis y discusión y entregaría los recursos para facilitar los encuentros, básicamente traslado y alimentación. El principal requerimiento de las organizaciones era traslado desde sus comunidades a la capital comunal donde se discutiría la propuesta de reglamento y alimentación para los miembros de su comunidad que participarían en la discusión.

Con fecha 2 de febrero de 2016, la referente del Programa PESPI del Servicio de Salud del Reloncaví, solicitó a los representantes de las organizaciones indígenas de la Provincia de Llanquihue vía correo electrónico, sus aportes, observaciones y modificaciones al Reglamento. Dicho requerimiento se hace por encargo de la SEREMI de la Región de Los Lagos, para ser remitido al Ministerio de Salud, advirtiendo que de estos insumos dependen los recursos ministeriales que puedan llegar para el presente 2016. Se agrega que la fecha tope para hacer llegar la información es el 5 de febrero.

4.1 Premisas sobre las cuales se impulsó el Procedimiento de Participación y Consulta a los Pueblos Indígenas del sector salud

Conforme a las instrucciones que se impartieron desde el Ministerio de Salud durante el año 2015 para los funcionarios de las SEREMI de Salud y de los Servicios de Salud, en relación a impulsar el proceso de participación y consulta con los pueblos indígenas, este se justifica sobre la base de los siguientes criterios:¹²

1.- En conformidad a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, la participación constituye una acción permanente de los pueblos indígenas con el sector salud y por otro lado la consulta a estos es una obligación del Estado, ya que el Reglamento en cuestión incide en el derecho a la salud reconocido en el artículo 25 del Convenio.

¹² En, Ministerio de Salud; «Material de apoyo para el diálogo con Pueblos Indígenas», Septiembre 2015.

2.- El reglamento que deberán aplicar los establecimientos públicos de salud debe ser el resultado de un acuerdo emanado del diálogo entre los pueblos indígenas y el Ministerio de Salud que asegure que tal medida no sea contraria a sus derechos.

3.- El Ministerio de Salud establecerá condiciones adecuadas para posibilitar el desarrollo de un diálogo fructífero con los pueblos indígenas, a través de un proceso informado y participativo.

4.- La consulta se realizará bajo el enfoque de derechos porque se compromete a respetar, proteger y garantizar los derechos establecidos en la normativa internacional de los derechos humanos y a aplicarlas tanto en lo relativo a los diversos aspectos del procedimiento de consulta como en la decisión final.

4.2 Participación y Consulta: La experiencia de la Comunidad Huilliche Pichi Maule de Fresia

4.2.1 La comunidad Huilliche Pichi Maule de Fresia:

En lengua indígena *Pichi Maule* significa *Pequeño valle lluvioso*. Legalmente, la comunidad se constituyó al amparo de la ley 19 253, con fecha 10 de septiembre de 1994¹³, siendo la primera que adquirió dicha condición en la Provincia de Llanquihue. Geográficamente el sector Pichi Maule, se ubica a ocho kilómetros al noroeste de la localidad de Tegalda, comuna de Fresia, con una población de doscientos habitantes, ocupando un espacio de 2700 hectáreas aproximadamente. Los socios de la comunidad son aproximadamente setenta. La ocupación del territorio se remonta desde tiempos prehispánicos, produciéndose en los siglos venideros a la colonización un poblamiento marcado por asentamientos indígenas y españoles.

Registralmente existe título de dominio otorgado ante el Notario de Osorno en octubre de 1911 e inscrito posteriormente ante el Conservador de Bienes

Raíces de Calbuco, que dan cuenta de la partición de terrenos de propiedad de don Miguel Guaitiago, denominado Fundo Maule, de una superficie de 1244 cuadradas, cuyos deslindes son los límites naturales del Fundo Maule: norte: Río grande de Maule; sur: estero Pichi Maule que entran sus aguas al río principal Maule; este: la junta de los ríos Maule y Pichi Maule y oeste: estero cuyas aguas entran en el río Maule. En la mencionada escritura se consigna que don Miguel Guaitiago adquirió dicho Fundo a don Luis Ceferino Díaz el año 1854. En virtud de esta partición, su sucesión dispone de dicho terreno en hijuelas entre distintos miembros de la comunidad de apellidos Nempu, Guaitiago, Purralef y Antilef, todo lo cual es una evidencia de la posesión histórica que detentaba la comunidad en dicho territorio¹⁴.

Si bien no existe una historia escrita de la comunidad Huilliche de Pichi Maule, la memoria colectiva transmitida oralmente sitúa como hitos en la historia de la comunidad el Cementerio de Indios de Pichi Maule y la Escuela de Pichi Maule (ambas instituciones se encuentran contiguos y tienen más de cien años de antigüedad). Resulta interesante revelar que la creación de la Escuela, tuvo su origen precisamente en una iniciativa de la comunidad indígena, como una reacción de resistencia a las ventas que los propios miembros de la comunidad hacían de sus tierras a «afuerinos» en condiciones de desventaja y muchas veces sin saber leer y escribir. Frente a esta realidad, los propios miembros de la comunidad se encargaron de construir un local que sirviera de Escuela y contratar un profesor y una vez hecho esto tramitar las autorizaciones y permisos correspondientes ante las autoridades del Estado, con el fin de obtener el reconocimiento legal por parte de éste. Se reconocen como familias originarias de Pichi Maule a los, Guaitiao, Nempu, Antilef, Quintul, Purralef y Catrilef.

En la actualidad los terrenos ocupados por la comunidad si bien están dentro de un territorio

¹³ Personalidad Jurídica N° 36 del Registro de Personas Jurídicas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

¹⁴ Escritura de partición otorgada con fecha 7 de octubre de 2011, ante el Notario Público de Osorno, don Abraham Gajardo y posteriormente inscrita a fojas 171, N° 186, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Calbuco con fecha 13 de junio de 1912

aledaño al pueblo de Tegalda, carecen de continuidad territorial debido a las ventas de las tierras que han hecho muchos de sus propios miembros.

4.2.2 El quehacer de la Comunidad

Los miembros de la comunidad básicamente se dedican a actividades económicas de subsistencia, ya sea comercializando el producto de sus siembras, cultivos o animales. Otros se desempeñan como trabajadores dependientes de empresas forestales que están desplegadas desde Valdivia hacia el sur.

El trabajo de la comunidad está centrado en mantener vivas sus prácticas culturales: talleres de artesanía, talleres de hierbas, asistir a sus miembros en atención de salud y talleres de educación intercultural centrados en recuperar la lengua. El tema territorial es un tema preocupante para los líderes, pero no tiene un correlato en la defensa territorial. No existe un reclamo territorial, ni menos una demanda en tal sentido, y se advierte con preocupación la llegada de «huincas» que adquieren tierras para su explotación (plantaciones de eucaliptus o siembra de frutos para su comercialización) sin mayor compromiso con la subsistencia de la comunidad.

La comunidad mantiene una ruka ceremonial, una sede comunitaria en la que suele reunirse los primeros domingos de cada mes, una casa destinada a la artesanía, una Ruka Lawen (casa de sanación) donde conviven una vez al mes, la atención de un médico colaborador de la comunidad con la lawentuchefe (sanadora), quienes comparten saberes y técnicas. El médico imparte terapia neural y la lawentuchefe receta hierbas. Por otro lado, la Ronda Médica del Departamento de Salud de la Municipalidad de Fresia acude a atender en la propia Ruka Lawen (casa de sanación) una vez al mes, de este modo los miembros de la comunidad, acceden en la quincena de cada mes a la atención con el médico y la lawentuchefe y a fin de mes con la Ronda Médica

Municipal, de modo que se asegura continuidad en la atención de salud. La comunidad mantiene desde hace años Convenios con el Servicio de Salud del Reloncaví al amparo del Programa PESPI, lo cual significa que año a año se debe presentar un Proyecto al Servicio de Salud, que en los últimos años ha entrado a competir con otros proyectos de otras comunidades, y una vez adjudicado el Proyecto, se le transfieren recursos que le permiten a la comunidad dar continuidad a la atención de salud durante gran parte del año, asumiendo gastos tales como traslado de médico y lawentuchefe, otorgando alimentación no solo a ellos sino también a los miembros de la comunidad que concurren a las atenciones de salud, mantención de la Ruka Lawen, adquirir insumos, etc.

4.2.3 La participación y consulta¹⁵

Conforme se señaló en el marco normativo, la participación y consulta de toda medida administrativa o legislative que se pretenda aplicar a los pueblos indígenas, debe reunir ciertas condiciones: la consulta debe ser hecha de buena fe, es decir, dando cuenta de la medida efectiva que se pretende aplicar; debe ser efectuada a través de procedimientos apropiados y a través de los representantes de los pueblos indígenas, todo ello con la finalidad de obtener su consentimiento respecto de la medida, el cual para ser tal y de alguna forma vincular a los pueblos indígenas con el Estado debe ser previo, es decir, antes de que la medida en cuestión se empiece a ejecutar, libre, exento de presiones o de medidas de coacción, y debe dar cuenta de la naturaleza de la medida, su alcance y sentido.

Los dirigentes entrevistados coinciden en que conocen la propuesta de Reglamento del artículo 7 de la ley 20 584, pero que no han podido llevar la misma a su comunidad. Le asignan importancia en cuanto a que significa un reconocimiento para su cultura, reconocen haber participado en diversas

¹⁵ Conversación sostenida con fecha 30 de enero de 2016 en Pichi Maule, con la Presidenta de la Comunidad doña Lucía Catrilef, Vicepresidente y tesorero don Armando Quinchagual, y la Coordinadora en Salud y Cultura, doña Maribella Vidal.

instancias desde el año 2014 cuando se hicieron talleres para su elaboración, lo cual de alguna manera supone que la propuesta de Reglamento se ha hecho de buena fe por parte del Ministerio de Salud, invitando a participar a sus dirigentes reconocidos como tales por la comunidad, situación que explica que la comunidad Pichi Maule lleve años trabajando con el Servicio de Salud del Reloncaví, a través del Programa PESPI.

Si bien los dirigentes dicen conocer la propuesta y reconocen haber participado en diversas instancias desde el año 2014 cuando se hicieron talleres para su elaboración, estiman que esta la conocen los que van a las reuniones, básicamente a Puerto Montt y que aun cuando se hacen esfuerzos para que la conozca el resto de los miembros les resulta difícil transmitir el contenido. Atribuyen la falta de difusión a diversos factores, tales como: falta de interés de los propios dirigentes por el proceso, problemas burocráticos desde el Estado, esto es, no aportar con las debidas reproducciones o copias del documento para su entrega masiva al resto de los miembros de la comunidad, no transferir los recursos a fin de contratar traslado y servicios de alimentación para convocar a sus miembros a una jornada de discusión dentro de la propia comunidad. Conducen en que las autoridades del sector salud deberían ir al terreno a difundir la propuesta en actividades a las que hay que dedicarle el tiempo adecuado. Relevan la figura del facilitador intercultural como esencial en este nuevo escenario que se abre a las comunidades pero sienten que las observaciones que se han hecho sobre el punto, en cuanto a que debería ser alguien validado por las comunidades y a quien las propias comunidades deben evaluar, no tendrán eco en el Reglamento.

En este punto resulta claro advertir que en el caso de la comunidad indígena de Pichi Maule, el procedimiento de participación y consulta no ha sido el apropiado, pues no ha permitido dar a conocer la propuesta de Reglamento a la comunidad indígena en general, lo cual obviamente conspira con obtener el consentimiento del mismo, pues existe evidente falta de información.

En términos generales, los dirigentes de la comunidad, de alguna forma entienden que el proceso es importante pero asumen que este quedó trunco, es decir, se elaboró una propuesta, se dio a conocer esta a los dirigentes que asisten a las reuniones que convoca la SEREMI de Salud o los Servicios de Salud, pero lamentan que no se haya dispuesto de los fondos a fines del 2015 para poder realizar jornadas con los demás miembros de la comunidad y desconocen si están a tiempo de llegar a dicha etapa de discusión durante los primeros meses de 2016. En general se desconfía del Estado, pues dan a conocer otros casos en los cuales las medidas a implementar por el Estado terminan en conocimiento de unos pocos, por ejemplo la propia ley indígena, y Programas de otra índole en que los recursos se los transfieren tarde y se les exige rendir poco antes de que cierre el año presupuestario.

Conclusiones

Consideraciones generales

Una revisión del desarrollo actual de la salud intercultural plantea una disyuntiva ajena al presente estudio pero que subyace como elemento fundante de la existencia y supervivencia de los grupos humanos hacedores y destinatarios de estas políticas, los pueblos indios y su vinculación con su territorio, muchas veces negado, conflictuado, pero al fin y al cabo sostenedor de su cultura, de su existencia y de su salud en sentido amplio.

Asimismo, el desarrollo del derecho internacional pareciera haber alcanzado cierto consenso en cuanto se reconocen derechos fundamentales a los pueblos indios como el derecho a su territorio, a la explotación y uso soberano de los recursos naturales existentes en ellos, a su propio desarrollo y bienestar dentro de lo cual tienen especial importancia la salud y la educación. Así las cosas, el proceso de participación y consulta del Reglamento derivado de la aplicación del artículo 7° de la ley 20.584, parece ser una señal positiva de parte del Estado de Chile hacia dicho reconocimiento de derechos. En este punto la voluntad política del Ministerio de Salud de

someter a participación y consulta la propuesta de Reglamento, aflora como un acto de reconocimiento y de buena fe hacia los pueblos originarios.

Consideraciones en relación al estudio de caso

No obstante, de este estudio de caso, deviene en relevante situar la medida administrativa que se pretende aplicar en concreto a un grupo humano determinado: la Comunidad Huilliche de Pichi Maule. En dicho punto de encuentro y/o disrupción, resulta determinante el rol de los agentes del Estado, funcionarios de la SEREMI de Salud y también de los propios Servicios de Salud, los cuales forman parte de la Secretaría Regional constituida con fecha 26 de agosto de 2015, para el proceso de Participación y Consulta, quienes no han contribuido de manera oportuna y/o eficaz a la realización del proceso, siendo reprochable que la medida a conocer, discutir y en último término a consentir para posteriormente aplicar, no llegue a las comunidades, sea porque solo se realizan reuniones con los dirigentes indígenas a quienes se entregan nociones generales, sea porque no se transfieren a tiempo los recursos que permitan a las propias comunidades convocar a su miembros para analizar y discutir la medida o porque y aunque parezca banal, no se entreguen suficientes copias o reproducciones del documento en cuestión.

Por parte de la comunidad a su vez, se advierte un dejar hacer ya sea al Estado a través de sus agentes, ya sea a sus propios dirigentes a quienes delegan su representación, que aun siendo participativa en distintas instancias del proceso de participación y consulta, todavía carece de un empoderamiento en términos de sentirse portadores de derechos reconocidos en la legislación internacional y nacional, y que como tales pueden exigir al Estado el cumplimiento de ciertas obligaciones en tiempo y forma.

La participación y consulta y la buena fe

A la luz de las normas contenidas en el Convenio N° 169 de la OIT se advierte que el proceso en general y en lo que toca a la Región de Los Lagos, se ha desarrollado sobre la base de la buena fe, se ha elaborado una propuesta de reglamento más o menos participativa y luego se ha pretendido someterla a participación y consulta a través de una convocatoria amplia.

En efecto, desde el año 2014 el Ministerio de Salud, convocó a diversas organizaciones indígenas a participar en talleres participativos tendientes a elaborar una propuesta de Reglamento del artículo 7° de la ley 20.584, explicándose el sentido y alcance del mismo. En dicha propuesta de Reglamento, que fue más o menos participativa, se invitó a las organizaciones indígenas que ya venían trabajando con los Servicios de Salud, a través del Programa PESPI o en las Mesas comunales de Salud, dejando fuera a otras organizaciones que se habían excluido de dichos programas o acciones, cuestión que se trató de subsanar a contar del año 2015, según se acordó en la reunión de fecha 26 de agosto en la cual se constituyó la Secretaría Regional para el proceso de participación y consulta, en la cual se concordó que la convocatoria para el año 2015 debería ser amplia.

El procedimiento de participación y consulta ¿ha sido el apropiado?

Sin perjuicio de las pretensiones que han inspirado la participación y consulta desde el nivel central, han existido factores que han dificultado el proceso deviniendo en central el hecho que el proceso no ha permitido una real participación de los miembros de los pueblos originarios, pues la actividad que se ha desplegado por los referentes públicos involucrados se ha centrado en convocar a reuniones a los dirigentes en la ciudad de Puerto Montt, sin acceder a los niveles comunales, territoriales o locales. Tampoco se han generado las condiciones para construir un procedimiento de participación y consulta efectivo y eficiente, pues existió demora en la entrega del documento que

contenía la propuesta de Reglamento y, en el caso de Pichi Maule, ni siquiera existió transferencia de recursos durante el año 2015 que permitiera realizar una convocatoria adecuada con los miembros de la comunidad.

¿Ha existido consentimiento previo, libre e informado?

Este interrogante y condición de legitimidad del proceso de participación y consulta deviene en inoportuno si se quiere, pues no admite una respuesta tan temprana ya que el proceso en sí aún no concluye. Si se puede subrayar el hecho de que el consentimiento exento de cualquier vicio es el fruto o resultado de un proceso hecho de buena fe a través de un procedimiento apropiado, condición ésta última que en el caso en estudio, está al deber según lo expuesto precedentemente. Igualmente es posible sostener que la medida a aplicar puede tener mayor o menor grado de legitimidad según cómo se haya dado el procedimiento en otros lugares del país. En el caso de la comunidad de Pichi Maule se puede afirmar que no ha existido presión ni fuerza en el proceso que pueda viciar un consentimiento libre, pero por otro lado, no se puede hablar de consentimiento informado, pues la propuesta de Reglamento solo la conocen dos de los tres dirigentes entrevistados, incluso el propio Vicepresidente de la comunidad la desconocía. Ahora bien, considerando que el proceso de participación y consulta aún no ha concluido, bien pueden enmendarse a tiempo algunas debilidades del mismo.

Comentarios finales

Un aspecto que resulta relevante advertir de todo el proceso de participación y consulta hasta ahora desarrollado, guarda relación con el discurso impulsado por el Ministerio de Salud, pues dentro de los criterios o premisas sobre las cuales -se plantea- debe desarrollarse todo el proceso, está el diálogo que debe existir entre el Ministerio y los pueblos indígenas, y que necesariamente debe

conducir a un acuerdo de Reglamento. Por otro lado, en los talleres realizados en la ciudad de Puerto Montt y en la conversación sostenida con los dirigentes de la Comunidad de Pichi Maule, lo que siempre plantean o invocan las organizaciones indígenas es que sus opiniones sean tomadas en cuenta por el Estado a través de sus agentes. Esta aspiración o pretensión discursiva sin embargo pugna con la realidad de los hechos, pues la acción discursiva siempre se da en determinados lugares: talleres regionales o provinciales realizados en Hoteles contratados para la ocasión; y entre unos pocos: referentes de la SEREMI de Salud y del Programa PESPI de los Servicios de Salud y los dirigentes de las organizaciones indígenas. De este modo, el diálogo al que se aspira parece no concretarse en términos de lugar y parlantes adecuados, sino más bien pareciera ser un ejercicio de retórica útil para la ocasión entre habitantes de mundos que aún no se conectan.

En este punto, merece una crítica aparte la falta de una política pública que sitúe la diversidad cultural de Chile como una realidad que requiere mayor comprensión y reconocimiento de los propios funcionarios públicos, a quienes derechamente se debería capacitar en los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Pareciera que el esfuerzo del Ministerio de Salud de generar un Reglamento basado en el enfoque de derechos de los pueblos originarios, conforme a ciertos parámetros de derecho internacional, pugna con las propias trabas como sociedad que no se asume ni diversa ni menos mestiza en su composición étnica; con los agentes del Estado, para quienes tratándose de una política pública más, siguen operando con la misma lógica burocrática habitual de ejecutar determinados recursos dentro del año presupuestario y, con los propios indígenas, para quienes pareciera no existir urgencia, sino una medida más del Estado, de quien por historia y aprendizaje, resulta dudoso creer. En este devenir de actores, escenarios y propósitos, no se advierte un proceso de participación y consulta legitimado y concreto, más

bien se advierte un proceso trunco tanto en la forma como en el fondo, sin fecha cierta de término y lo que es peor quizás sin que sea parte de algún proyecto de futuro compartido.

Recomendaciones

Considerando que el proceso de participación y consulta de la propuesta de Reglamento del artículo 7° de la ley 20.584 constituye un hito dentro de la política que ha mantenido el Estado con los pueblos originarios, tal medida a implementar resalta más por su importancia que por la urgencia en su aplicación. De esto se derivan algunas recomendaciones que se estiman útiles considerar:

- 1.-** Capacitar adecuadamente a funcionarios públicos de la SEREMI de Salud y de los Servicios de Salud, incluidos directivos, en derechos humanos de los pueblos indígenas y en calidad de monitores que den a conocer la propuesta de Reglamento a todas las organizaciones indígenas que estén dispuestas a participar del proceso.
- 2.-** Elaborar cronograma de difusión, discusión y observación de la propuesta, el cual deberá desarrollarse en terreno, de manera que participen la mayor cantidad de miembros de las organizaciones indígenas.
- 3.-** Garantizar para el año 2016 la transferencia oportuna de los recursos que son necesarios para dar cumplimiento a los puntos anteriores.

Bibliografía

CEPAL; “Los Pueblos Indígenas en América Latina”, Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos; Santiago, 2014.

Alarcón, Ana M., Vidal, Hugo; Neira, Jaime. “Salud Intercultural: Elementos para la construcción de sus bases conceptuales” Revista Médica, Chile, 2003.

Ministerio de Salud; “Orientaciones técnicas y Guía Metodológica”, Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas Chile, 2014.

Ministerio de Salud; “Material de apoyo para el diálogo con pueblos indígenas” Chile, 2015.

Giannini, Humberto. La “reflexión” cotidiana, Hacia una arqueología de la experiencia Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2013.

Larraín, Jorge Identidad Chilena. LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2014.

Análisis de la Ley 6.815/80, Estatuto del Extranjero de Brasil, y los Derechos de los inmigrantes a la libertad de expresión, de asociación y de reunión*

Luis Alberto Cantoral Benavides

Resumen

Esta tesina tiene como objetivo realizar un análisis de los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión de las personas inmigrantes contenidos en el Estatuto del Extranjero de Brasil. Se toma como fundamento los derechos humanos y la existencia de un enfoque que garantice la igualdad en términos de protección, ya sea a los nacionales y/o extranjeros, sin ningún tipo de discriminación, primando el ejercicio de sus derechos como herramientas fundamentales para el ejercicio de su ciudadanía.

* Tutora tesina: Natalia Arévalo. Diplomado Derechos Humanos y Políticas Públicas de protección de Migrantes y Refugiados 2015-2016.

1. Presentación

La ley de migración brasileña 6815/1980 (conocida también como el Estatuto del Extranjero) fue aprobada en pleno régimen militar teniendo como características la defensa y seguridad del territorio brasileño. Prevalece expresamente la protección del trabajador nacional, se controlan, limitan y, en algunos casos, se les prohíbe el ejercicio de sus derechos situándolos en una posición de desventaja bajo el estigma de «no confiables».

La ley de migración brasileña, que solo garantiza los derechos humanos de las personas inmigrantes en situación regular dentro del país, prohíbe expresamente la participación política de estos, su participación en manifestaciones, paseatas o asociaciones. Además, es el Ministerio de Justicia quien tiene la potestad de actuar en cualquier momento para decidir si determinada actividad o ejercicio de derecho debe continuar.

El análisis a esta ley permitirá verificar si se trata de una ley constituida bajo un enfoque de derechos que respeta y garantiza el trato hacia las personas inmigrantes sin ningún tipo de discriminación y, además, si las limitaciones legales impuestas a los inmigrantes en esta ley se ajustan a los criterios establecidos en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

2. Antecedentes

Brasil se caracteriza por ser un país conformado por inmigrantes que tuvo su inicio con la llegada de los portugueses en el año 1530 cuando la monarquía portuguesa se instaló iniciándose el periodo colonial con la posterior llegada de los esclavos en el siglo XVI.

Al inicio de las primeras décadas del siglo XIX, se inició la llegada de inmigrantes principalmente europeos huyendo de la guerra y la pobreza. Estos llegaron en busca de oportunidades, algunos conseguían comprar pequeñas tierras y plantar, otros

que venían con profesiones, abrían pequeños negocios como zapateros y costureros. Años después llegaron inmigrantes japoneses para trabajar en los campos de café junto con los inmigrantes italianos.

Estas olas migratorias se fueron repitiendo de forma periódica a mediados del siglo XX cuando se inició un nuevo flujo de inmigrantes latinoamericanos: al inicio esto se producía en menor cantidad por motivos de estudios profesionales, pero posteriormente una gran cantidad llegaron en busca de mejores oportunidades de trabajo.

Actualmente Brasil cuenta con un gran contingente de inmigrantes en su mayoría provenientes de los países africanos y latinoamericanos, seguido por países del medio oriente, la gran mayoría concentrados en la ciudad de Sao Paulo. La actual ley encargada de legislar los derechos de los inmigrantes fue creada en 1980, época de la dictadura militar, que tenía como fundamentos principales la seguridad nacional, intereses políticos y la defensa del trabajador brasileño. Así, esta ley crea limitaciones al ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas inmigrantes principalmente en los temas de libertad de expresión, asociación, reunión y libre manifestación, puesto que los derechos establecidos en esta ley solo protegen a los inmigrantes documentados.

3. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Vinculantes al Estado Brasileño

El estado de Brasil ha firmado y ratificado una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos dentro de los cuales se encuentran contenidos la protección a la libertad de expresión, libertad de asociación y de reunión de todas las personas que se encuentren dentro de su territorio.

Dentro de estos instrumentos internacionales firmados y ratificados por Brasil que protegen estos derechos humanos se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año

de 1966¹, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², Convención Americana sobre Derechos Humanos³ y Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".⁴

Con relación al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** define claramente en su artículo 2, inciso 1 el compromiso asumido por cada Estado Parte en la protección de todas las personas bajo su territorio sin ninguna distinción inclusive de origen nacional o de otra condición⁵.

Así también este Pacto establece la importancia y obligación que asumen los Estados Partes de comprometerse a adoptar disposiciones y procedimientos necesarios para que los códigos constituyentes en el Pacto sean garantizados en el derecho interno de cada país de forma tal que no se vean perjudicados los derechos de las personas más vulnerables como son los inmigrantes⁶.

El Pacto también protege el derecho a la libertad de expresión, pues conforme su artículo 19 inciso 1 «Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones». Así el artículo 2 establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir

y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

Si bien es verdad que el Pacto considera algunas restricciones, estas deberán tener un respaldo legal que las justifique, es decir, las restricciones a la libertad de expresión no pueden ser arbitrarias. Dentro de las restricciones consideradas se encuentran el derecho a la reputación de los demás y la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas⁷. En ese sentido, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado un test tripartito para determinar si las restricciones impuestas son aceptables bajo los parámetros de la Convención Americana. Estas deben estar previstas de manera clara y precisa en una ley, dirigidas al logro de objetivos imperiosos reconocidos por la Convención y necesarias en una sociedad democrática. Las restricciones a la libertad de expresión serán mejor analizadas en la parte 5 («Comparación y análisis»).

El Pacto en su artículo 21 protege el derecho de reunión, sin embargo, hace énfasis en que deben tratarse de reuniones pacíficas, pudiendo sufrir este derecho restricciones legales en nombre de la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público, la protección de la salud y la moral o las libertades de los demás.⁸

Sobre el derecho a la libre asociación el Pacto en su artículo 22 inciso 1 reconoce el derecho de todas las personas a asociarse libremente, fundar sindicatos y afiliarse a ellos como una forma de proteger sus

¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 24 de enero de 1992 por Brasil.

² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado el 24 de enero de 1992 por Brasil.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada el 7 de septiembre de 1992 por Brasil.

⁴ Protocolo de San Salvador, ratificado el 8 de agosto de 1996 por Brasil.

⁵ Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, inciso 1, «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. Los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, inciso 2, El inciso 2 establece que «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 establece que el artículo 2 «entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 21, «reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás».

derechos e intereses. Destaca también las posibles restricciones a este derecho basado una vez más en el interés de la seguridad nacional, interés nacional, para proteger los derechos y libertades de los demás.⁹

Además el Pacto establece en su artículo 26 la igualdad ante la ley de todas las personas que se encuentren en territorio del Estado Parte sin ningún tipo de discriminación e igual protección de la ley para todos inclusive para inmigrantes¹⁰.

Otro instrumento de derechos humanos vinculante al Brasil es el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (en adelante **Pacto DESC**) que con relación a los derechos de libertad de expresión, de reunión y de asociación establece que toda persona en territorio del Estado Parte tiene el derecho de afiliarse o asociarse así como fundar sindicatos, todo esto como forma de promover y proteger sus intereses económicos y sociales, de tal manera que los Estados Partes asumen el compromiso de garantizarlos. Las eventuales restricciones a estos derechos deberán estar fundamentadas por ley¹¹. Para que el derecho

de asociación sea ejercido es necesario considerar el respeto y existencia de otros derechos como el derecho a la libertad de expresión y de reunión, fundamentalmente si esto envuelve la promoción y protección de los intereses económicos y sociales.

Otra herramienta internacional de protección de derechos humanos que Brasil ratificó es la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (en adelante la Convención). Esta Convención establece en su artículo 13 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión que comprende no solo el derecho de recibir información sino también el derecho de buscar y difundir tanto de forma oral, escrita o artística, todos sin previa censura pero si expuestos a posteriores responsabilidades como forma de asegurar el derecho de terceros y de la seguridad nacional, entre otros.¹²

Así también la Convención en su artículo 15 reconoce el derecho de reunión, considerando restricciones desde que estas estén previstas en ley.¹³

⁹ Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, artículo 22, «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses», y en el inciso 2 las restricciones a este derecho «El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía».

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹¹ El Pacto DESC, artículo 8 inciso 1 establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos».

¹² El Pacto DESC, Artículo 13.1, Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

¹³ La Convención, Artículo 15, Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

En su artículo 16 la Convención reconoce el derecho a la libertad de asociación destacando que las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. Sin embargo, considera la posibilidad de algunas restricciones desde que sean prevista en ley dentro de un marco democrático.¹⁴

La Convención en su artículo 24 establece la igualdad ante la ley de todas las personas dentro del territorio de los Estados Partes así como el derecho a no ser discriminadas, lo que implica el derecho a no recibir un trato diferenciado que disminuya o viole sus derechos humanos.¹⁵

El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» (en adelante Protocolo de San Salvador) también incluye en su artículo 8 el derecho de asociación, de reunión y de libertad de expresión embutido dentro de los derechos sindicales, al establecer el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y filiarse como forma de promover y proteger sus intereses así como el derecho a la huelga.¹⁶

¹⁴ La Convención y la libertad de asociación, Artículo 16.1, «Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole».

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

¹⁵ La Convención y la igualdad ante la ley, Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁶ Protocolo de San Salvador y los derechos sindicales, Artículo 8.1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección.

En su artículo 5 establece las restricciones y limitaciones al ejercicio y goce de estos derechos siempre que exista una base legal que tenga como objetivo preservar el bienestar de una sociedad denominada democrática.¹⁷

Existen otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que Brasil firmó pero no ratificó como es **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**¹⁸, en la cual se establece en sus artículos 13 y 26, de forma clara y explícita, el derecho de las personas inmigrantes a expresar sus opiniones sin ningún tipo de injerencia, así como el derecho de reunirse, asociarse y participar en los sindicatos o de cualquier asociación establecida conforme a la ley con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales¹⁹. Sin embargo, a pesar de la falta de ratificación de esta Convención, la igualdad ante la ley sin ningún tipo de discriminación establecida de forma expresa en la Constitución Federal provoca que el estado de Brasil no pueda alegar su no responsabilidad con relación a los derechos de los inmigrantes, **dado que** se trata de derechos humanos fundamentales que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger.

¹⁷ El Protocolo de San Salvador y las restricciones y limitaciones de los derechos, Artículo 5 «Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos».

¹⁸ Convenio firmado en 1990, hasta la presente fecha Brasil no lo ha ratificado

¹⁹ Artículo 13.1. «El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección».

Artículo 26.1, «Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente».

Otros instrumentos internacionales son los considerados *Soft Law* del derecho Internacional de los **Derechos Humanos**, denominados así porque si bien no tienen fuerza vinculante, es decir los Estados no están obligados a acatarlos, cumplen un papel muy importante como guías y referentes para el respeto de los derechos humanos. Entre estos se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000 y la Opinión Consultiva n. 18 Corte IDH. En todos ellos se contempla el derecho de todas las personas al ejercicio de la libertad de expresión, libertad de asociación y de reunión.

4. Ley de Migración 6.815/80, Estatuto del Extranjero

La Ley de migración 6.815/80 también conocida como el «Estatuto del Extranjero» fue aprobada el 19 de agosto de 1980 bajo el gobierno militar del presidente João Figueiredo. A causa de la situación de dictadura en Brasil, esta ley refleja el claro interés del gobierno de proteger la seguridad nacional de cualquier intervención o intromisión extranjera, inclusive de inmigrantes dentro del territorio nacional, estableciendo para ello una serie de limitaciones.

Esta ley está conformada por XIII Títulos y 141 artículos. De todos estos, solo el Título X trata de los derechos y deberes de los extranjeros, dentro de los cuales se encuentran los derechos materia de nuestro estudio.

Antes, el artículo 2 de esta ley²⁰, resalta como prioridad la seguridad nacional, los intereses políticos socio-económicos y culturales del Brasil, así como la defensa del trabajador brasileño. Se puede apreciar

²⁰ Ley 6.815/80, artículo 2: «La aplicación de esta ley atenderá principalmente la seguridad nacional, la organización institucional, los intereses políticos, socio-económicos y culturales del Brasil, así como la defensa del trabajador nacional»

que, dentro del Título X, el artículo 95²¹ establece la igualdad de derechos entre brasileños y extranjeros de acuerdo a ley, sin embargo, esa aparente igualdad se ve limitada por las restricciones impuestas a los extranjeros en sus derechos fundamentales.

Con relación a los derechos de reunión, derechos de asociación y libertad de expresión, el artículo 106²² establece en su inciso VII prohibiciones al extranjero como la imposibilidad de participar en la asociación, representación o administración de sindicato o asociación profesional.

De la misma forma en su artículo 107²³, inciso I y II la ley establece que el inmigrante no puede ejercer actividad de naturaleza política, siéndole vedado organizarse en sociedad de carácter político, organizar desfiles, desfiles paseatas o reuniones de cualquier naturaleza. En el párrafo único la ley establece una excepción con los inmigrantes portugueses que sí tendrían derecho a ejercer ese derecho vedado para los demás inmigrantes.

En el artículo 108²⁴ la ley establece la posibilidad de que los inmigrantes puedan asociarse con fines

²¹ Ley 6.815/80, artículo 95: «El extranjero residente en Brasil goza de todos los derechos reconocidos a los brasileños, conforme la Constitución y las leyes».

²² Ley 6.815/80, artículo 106: Es vedado al extranjero:

II – ser propietario de empresa periodística de cualquier especie, y de empresas de televisión y de radio difusión, socio o accionista de sociedad propietaria de esas empresas, III – Ser responsable, orientador intelectual o administrativo de empresas mencionadas en el ítem anterior, VII – Participar en la administración o representación de sindicato o asociación profesional, así como de identidad fiscalizadora del ejercicio de profesión reglamentada.

IX – Poseer, mantener u operar, así sea como aficionado, aparatos de radio difusión, de radiotelegrafía y similar, salvo trato recíproco.

²³ Artículo 107: «El extranjero admitido en el territorio nacional no puede ejercer actividad de naturaleza política, ni se inmiscuir, de directa o indirectamente, en los negocios públicos del Brasil, siendo especialmente vetado:

I - Organizar, crear o mantener una sociedad o cualquier entidad de carácter político inclusive los que tengan como fin la propaganda o la difusión, exclusivamente entre compatriotas, de ideas, programas o normas de acción de partidos políticos del país de origen, II – Organizar desfiles, paseatas, comicios y reuniones de cualquier naturaleza, o participar de ellos, con los fines del ítem I y II.

Párrafo único: Lo dispuesto no se aplica al portugués beneficiado del estatuto de igualdad que le reconoce derechos políticos».

²⁴ Artículo 108: «Es lícito a los extranjeros que puedan asociarse con fines culturales, religiosos, recreativos, benéficos o de asistencia. Párrafo único: Si son constituidas con más de la mitad de asociados

culturales, religiosos, recreativos o de asistencia, sin embargo, añade una limitación a este derecho si quienes en ellas participan son más del 50% inmigrantes.

Finalmente, en su artículo 110²⁵ la ley condiciona a los llamados «intereses nacionales» la libertad de los inmigrantes de realizar conferencias, congresos, así como exhibiciones artísticas o folklóricas.

5. Comparación y Análisis

Los artículos contenidos en la ley de migración 6.815/1980 que hacen mención a la libertad de expresión, de reunión y asociación de las personas inmigrantes pasarán a ser analizados a la luz del derecho internacional de los **Derechos Humanos** para verificar el respeto y garantía de estos con enfoque de derecho.

Derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que garantiza el respeto a la dignidad de la persona humana, el ejercicio de la ciudadanía y el desarrollo del Estado. La Constitución Federal brasileña, conocida también como Constitución Democrática de 1988, establece en su artículo 5, incisos IV e IX²⁶, la libre manifestación de pensamiento y la libre expresión intelectual artística, científica y de comunicación independiente de censura o autorización.

Esta misma constitución en su artículo 5²⁷, garantiza la igualdad ante la ley sin ningún tipo de distinción entre brasileños y extranjeros residentes en el país.

extranjeros, solo podrá funcionar por medio de autorización del ministerio de justicia».

²⁵ Artículo 110: «El ministro de justicia siempre que considere conveniente a los intereses nacionales, podrá impedir a los extranjeros la realización de conferencias, congresos y exhibiciones artísticas o folklóricas».

²⁶ Constitución Federal del Brasil. Artículo 5, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, IX- é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

²⁷ Constitución Federal Del Brasil. Artículo 5, Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Así también dentro del mismo artículo 5, inciso XLI²⁸ establece que la ley punirá cualquier discriminación que atente contra los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, en el párrafo 2 y 3²⁹ del artículo 5 de la constitución decreta que los derechos y garantías contenidas en esta constitución no excluyen a otros derechos adoptados por medio de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Siendo así los derechos humanos protegidos por tratados internacionales deberán ser incorporados al sistema jurídico interno brasileño, proporcionando así mayor protección a sus ciudadanos e inmigrantes residentes en su territorio.

Vale resaltar que la libertad de expresión, conforme establece la jurisprudencia interamericana, se expresa en dos dimensiones, una individual y otra colectiva o social: la individual, implica el derecho de expresar pensamientos, ideas e informaciones; la social, el derecho a buscar y recibir cualquier información así como estar bien informado³⁰. Por lo tanto se puede concluir que la libertad de expresión es una herramienta fundamental para el intercambio de informaciones e ideas entre todas las personas incluidas las personas inmigrantes. Así, la limitación de este derecho afectaría al mismo tiempo el derecho de quien divulga la información, así como al derecho de quien pretende acceder a ella.

Sobre las limitaciones impuestas a la libertad de expresión, la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos consideran la posibilidad de que estas limitaciones sean establecidas siempre y cuando estén justificadas y fundamentadas legalmente, sin embargo, la

²⁸ Constitución Federal Del Brasil. Artículo 5, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

²⁹ 2º, Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁰ Cfr. Caso *Kimel*, *supra* nota 9, párr. 53; Caso *Claude Reyes y otros*, *supra* nota 9, párr. 76; Caso *López Álvarez*, *supra* nota 9, párr. 163; Caso *Herrera Ulloa*, *supra* nota 9, párrs. 109-111; Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 9, párr. 146; Caso *Ricardo Canese*, *supra* nota 9, párrs. 77-80; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 9, párrs. 64-67; Opinión Consultiva *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párrs. 30-33.

Convención Americana en su artículo 13³¹ va más allá al establecer que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por ley. Basándose en los principios de igualdad y no discriminación establecidos en estos instrumentos internacionales y en la Constitución Federal brasileña, que buscan proteger los derechos de todos los seres humanos, no podría permitirse un trato diferenciado en el ejercicio de este derecho a las personas inmigrantes.

La Comisión y la Corte Interamericana han desarrollado una clara línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a la libertad de expresión. De esta forma para que una determinada limitación a la libertad de expresión sea compatible con el sistema interamericano de derechos humanos, son exigidos tres requisitos: (a) que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención, entre los cuales tenemos la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines

³¹ El artículo 13 prescribe que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. // 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. // 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»

imperiosos que persigue, así como idónea para lograr tales objetivos³².

Establece también que estas limitaciones impuestas por ley no pueden equivaler a censura, tampoco ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios³³, no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos de restricción³⁴ y deben ser excepcionales³⁵. Así se establece claramente que los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma el contenido de estos objetivos para efectos de justificar una limitación de la libertad de expresión en casos concretos.

Considerando los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil y su Constitución Federal acorde con estos instrumentos internacionales, puede concluirse que la ley 6.815/80 no garantiza el derecho al ejercicio de la libertad de expresión de los inmigrantes puesto que instaura limitaciones, ya sea a nivel social, político, informativo, limitando el derecho del individuo de expresar su opinión, cultura o conocimientos libremente por medio de actividades culturales y sociales por su condición de inmigrantes, lo que configura una violación a sus derechos fundamentales. Estos derechos también están directamente vinculados al derecho de reunión y de asociación. El Estatuto del Extranjero abre la posibilidad del ejercicio de la libertad de expresión por medio de asociación y reunión de las personas para fines filantrópicos y religiosos, sin embargo este derecho se ve limitado una vez más cuando la cantidad de inmigrantes sobre pasan el 50% de participantes en estas actividades.

Estas restricciones al derecho de la libertad de expresión no siguen los parámetros establecidos por

³² CIDH. Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión, 2009, pág. 9-10.

³³ Corte IDH. Caso López Alvarez, supra nota 9, párr. 170; Caso Ríos y otros, supra nota 9, párr. 349; Caso Perozo y otros, supra nota 9, párr. 380.

³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13.3. Cfr. Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), supra nota 9, párr. 47.

³⁵ CIDH. Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión, 2009, pág. 9

el sistema interamericano que ha establecido que «Dicho estándar exige que las restricciones estén previstas de manera clara y precisa en una ley, que estén dirigidas al logro de objetivos imperiosos reconocidos por la Convención y que sean necesarias en una sociedad democrática. Cuando se trata de la restricción de discursos especialmente protegidos, la jurisprudencia interamericana ha interpretado restrictivamente estas limitaciones y ha señalado su carácter excepcional»³⁶.

El Estatuto del Extranjero limita el ejercicio a la libertad de expresión de los inmigrantes al establecer la imposibilidad de participar en asociaciones políticas, sindicales, profesionales, desfiles o paseatas, permitiendo únicamente la participación en asociaciones asistenciales y religiosas bajo el control del Ministerio de Justicia, quien incluso posee la facultad de poder en cualquier momento vetar las actividades culturales bajo el argumento del interés nacional.

De esta forma claramente se puede establecer que la violación al derecho a la libertad de expresión plena de los inmigrantes se ve afectado por esta ley y que al no existir un fundamento legal para ello, se torna discriminatoria e inconstitucional si son tomados en cuenta los artículos de la Constitución Federal Brasileña.

Si bien es verdad la ley 6.815/80 fue creada en la época de la dictadura, el año de 1988 fue aprobada una nueva Constitución Federal que garantizaría y protegería los derechos de brasileños e inmigrantes sin ningún tipo de discriminación, sin embargo el hecho de continuar esta ley vigente señala a la constitución federal, puesto que el sujeto inmigrante se enmarca dentro de los casos de «seguridad nacional». Así también la existencia de esta ley de por sí inhibe el libre ejercicio del derecho de los inmigrantes a expresarse libremente y tener una participación activa en la sociedad en la defensa de sus derechos.

Por lo tanto puede deducirse que el Estado brasileño al no haber derogado esta ley que prohíbe y limita el derecho a la libertad de expresión de los inmigrantes, no presta la protección pertinente conforme establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Libertad de Asociación y de Reunión

El derecho a la libertad de asociación y reunión están directamente relacionados con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, todos estos reconocidos en los principales tratados internacionales como fundamentales para el funcionamiento y la consolidación de un sistema democrático. Son considerados derechos civiles individuales imprescindibles para el ejercicio de la libertad y la participación en la vida pública.

La diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. En tanto que la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la que corresponde a las personas que la ejercen³⁷.

Sobre el derecho a la libertad de asociación este incluye el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos, gremiales o de otro tipo conforme establece la Convención Americana en su artículo 15. Así también la libertad de reunión con fines pacíficos se encuentra protegido por esta Convención. Con relación a la participación sindical, esta libertad de asociación incluye la posibilidad de constituir organizaciones sindicales, poner en marcha su estructura interna, actividades, programación y poder representarlas. Esta libertad de asociación en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, pág. ix

³⁷ Miguel Carbonell Sánchez. Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana, pág. 3.

legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos³⁸. Vale resaltar que si bien el derecho a asociarse parte de una voluntad individual envuelve la libertad de asociarse con otras personas. El mismo ejercicio de este derecho es aplicable a las personas inmigrantes, la Convención 97 de la OIT de 1949, ratificado por Brasil en julio de 1996³⁹ ya establecía que los trabajadores inmigrantes deben tener los mismos derechos que los nacionales tales como la remuneración, la asociación a sindicatos y acomodaciones⁴⁰.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha señalado en reiteradas ocasiones que «el derecho de reunión y la libertad de asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática⁴¹». Así, independiente de la nacionalidad o de la situación migratoria o cualquier otra condición social, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de todas las personas dentro de sus territorios puesto que «el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico⁴²».

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001(Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 158.

³⁹ Convenção 97 da OIT, de 1949, que resultou na Convenção sobre a Migração para o Trabalho de Ginebra. No Brasil, tal Convenção foi aprovada pelo decreto legislativo nº20, de 1965, passando em 1966 a ser publicada pelo Decreto nº 58.819, de 14 de Julho de 1966.

⁴⁰ Gyslaine Ferreira Almeida. La Protección Interna del Inmigrante Ilegal. *Garantía y Efectividad de los Derechos Humanos en Brasil*.pág. 13.

⁴¹ CIDH, Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 359.

⁴² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n° 18, párr. 101. CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. 2013, pág. 259.

En la Resolución AG/RES. 2729 (XLII-O/12) de la Organización de los Estados Americanos - OEA sobre los derechos humanos de las personas inmigrantes, expresó su preocupación sobre las medidas adoptadas por algunos Estados al restringir sus derechos humanos y libertades fundamentales, así también exhortó a los Estados Partes a evitar adopción de leyes que discriminen a las personas inmigrantes⁴³.

De la misma manera en la Observación General n 1 ⁴⁴sobre trabajadores domésticos migratorios de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de las Naciones Unidas, en sus párrafos 45, 46 y 47 establece que el derecho de asociación sindical y de negociación se convierte imprescindible pues es de esta forma que los trabajadores inmigrantes pueden proteger y defender sus derechos, por lo tanto deben reconocerles este derecho independientemente de su condición migratoria.

⁴³ OEA. AG/RES. 2729 (XLII-O/12). Los Derechos Humanos de los Migrantes, Incluidos Los Trabajadores Migratorios y sus Familias. 3. Expresar su preocupación por la legislación, interpretación, prácticas y otras medidas e iniciativas adoptadas por algunos Estados, que pueden restringir los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas migrantes, y reafirmar que los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes. 4. Exhortar a los Estados miembros a evitar la adopción de leyes que injustamente discriminen a los migrantes y alentar a los Estados a que continúen esforzándose en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales relacionadas con el tratamiento a los migrantes.2012. pág. 4.

⁴⁴ ONU. Observación general Nº 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios. Derecho de sindicación para la negociación y la protección colectivas. 45. El derecho de sindicación y de negociación colectiva es imprescindible para que los trabajadores domésticos migratorios puedan expresar sus necesidades y defender sus derechos, en particular a través de los sindicatos (arts. 26 y 40) y las organizaciones de trabajadores. 46. Las leyes de los Estados partes, especialmente de los países de empleo de los trabajadores domésticos migratorios, deben reconocerles el derecho a fundar organizaciones y a afiliarse a ellas, independientemente de su condición migratoria (art. 26), y se debe fomentar el ejercicio de ese derecho. 47. Se alienta a los Estados partes a que faciliten información a los trabajadores domésticos migratorios sobre las asociaciones que puedan prestarles asistencia en el país o la ciudad de origen y de empleo.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por medio de la Resolución en la Asamblea General A/HRC/RES/15/21 del 30 de septiembre de 2010, sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, exhortó a que los Estados respeten y protejan plenamente los derechos de todas las personas a ejercer su derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación incluyendo en este contexto a las personas inmigrantes⁴⁵.

Yendo en el mismo sentido, con relación al ejercicio de la libertad de reunión y asociación, en la Opinión Consultiva n. 18⁴⁶ sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte Interamericana destaca entre otros derechos la importancia del derecho de asociación y libertad sindical por ser considerados inalienables de los cuales son titulares todos los trabajadores inmigrantes independiente de su estado migratorio.

La Constitución Brasileña en su artículo 5⁴⁷, inciso XVI y XVII garantiza el ejercicio de la libertad de reunión y de asociación para finalidades lícitas, sin embargo en su artículo 136⁴⁸ y 139⁴⁹ establece

restricciones a la libertad de reunión inclusive dentro de las asociaciones en casos de estado de sitio y de defensa.

Sobre las restricciones establecidas en los instrumentos internacionales sobre el derecho de reunión y de asociación, tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos son categóricos al mencionar que tales derechos solo podrán ser sujetos de restricciones cuando sean previstas en ley, siendo estas necesarias en una sociedad democrática por el interés de la seguridad pública y nacional, protegiendo las libertades de los demás, que como en el caso del derecho a la libertad de expresión, estas deberán ser fundamentadas sin afectar los derechos humanos fundamentales protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido las restricciones a estos derechos se ajustan también a los mismos criterios de análisis aplicados al derecho a la libertad de expresión. Corresponde a la autoridad que impone estas limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas de forma simultánea para que puedan ser consideradas legítimas bajo los criterios de la Convención Americana.

Siguiendo esta lógica puede concluirse que el Estatuto del Extranjero de Brasil no protege los derechos de reunión de asociación de las personas inmigrantes, ya que los restringe y anula. La abundante jurisprudencia interamericana y universal establece claramente la importancia de estos derechos para el ejercicio de la ciudadanía y protección de los derechos de los inmigrantes por tratarse de derechos inherentes de la democracia que permite la participación de todas las personas

⁴⁵ ONU. Resolución en la Asamblea General A/HRC/RES/15/21. Exhorta a los Estados a que respeten y protejan plenamente los derechos de todas las personas a la libertad de reunión pacífica y de asociación, incluso en el contexto de unas elecciones, y con inclusión de las personas que abracen convicciones o creencias minoritarias o disidentes, los defensores de los derechos humanos, las personas afiliadas a sindicatos y las demás personas, incluidos los migrantes, que traten de ejercer o promover esos derechos, y a que adopten todas las medidas necesarias para asegurar que cualquier restricción del libre ejercicio de los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sea conforme con las obligaciones que les incumben en virtud de las normas internacionales de derechos humanos.

⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva n. 18 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 2003, pár. 157.

⁴⁷ Constitución Federal Del Brasil. Artículo 5, inciso XVI. Todos pueden reunirse pacíficamente sin armas, en locales abiertos al público, Independiente de autorización. Inciso XVII. Es plena la libertad de asociación para finalidades lícitas, siendo prohibida la de carácter militar.

⁴⁸ Constitución Federal del Brasil. Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações.

⁴⁹ Constituição Federal del Brasil. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

dentro de un determinado territorio, evitando la existencia de ciudadanos de diferentes clases.

Que el Estatuto del Extranjero impida la posibilidad de que las personas inmigrantes puedan ejercer su derecho a participar en actividad política, de asociarse a sindicatos o a otras asociaciones profesionales (lo que incluye la creación, organización, reunión o mantenimiento de asociaciones o cualquier entidad de carácter político), se convierte en una violación a sus derechos, así como el limitar y someter bajo el control del Ministerio de Justicia a las asociaciones de culto religioso, cultural o asistencial. A esto se le añade la posibilidad de vetar sus actividades bajo el argumento de los intereses nacionales, demuestra una gran intromisión del Estado y la violación de los derechos de los inmigrantes.

6. Conclusiones, Recomendaciones y/o propuestas

Del análisis realizado puede deducirse que la ley 6.815 de 1980 carece de enfoque de derechos puesto que no garantiza la libertad de expresión, de asociación y de reunión de las personas inmigrantes. Expresamente las prohíbe en casos como el de asociación sindical y política, el derecho de reunión relacionados con los derechos anteriores y, en los casos que estos son permitidos, lo limita al criterio del Ministerio de Justicia llegando a inclusive prohibirlo, bajo el argumento del interés nacional sin fundamentar esa justificación, lo que claramente se dilucida es que estas prohibiciones y limitaciones existen de forma exclusiva para las personas

inmigrantes no ocurriendo lo mismo con los nacionales. La Constitución Federal solo limita el derecho de reunión en casos de estado de sitio y de defensa, diferentes de las prohibiciones impuestas en la ley del extranjero. Estas prohibiciones y limitaciones afectan directamente el ejercicio de la libertad de expresión debido a que están intrínsecamente relacionadas, por lo tanto, el ejercicio de una depende del ejercicio de la otra.

Si bien la Constitución Federal de 1988 reconoce la igualdad de derechos entre inmigrantes y nacionales garantizando la libertad de expresión, de asociación y de reunión, el hecho de que esta ley del extranjero se encuentre aún vigente y siga siendo aplicada a pesar de su carácter inconstitucional y no se legitime las prohibiciones y limitaciones a los derechos de los inmigrantes, continua siendo una clase de mordaza y amenaza para los inmigrantes que quieran ejercer sus derechos civiles y políticos plenamente como establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Actualmente se encuentran dos proyectos de ley sobre migraciones en el Congreso Nacional, uno de iniciativa del Senado Nacional PLS 288/2013 y otro por iniciativa del Ministerio de Justicia del Brasil creado por medio de la Portería n° 2.162/2013. Aunque ambos demuestran un adelanto con relación a la ley actual, el primero de ellos se caracteriza por priorizar al inmigrante en su condición de trabajador y en situación regular y, el segundo, se muestra más humanizado, apostando por la protección de los derechos de las personas inmigrantes con enfoque de derechos.

Bibliografía

- BORGES PEREIRA, JOÃO BAPTISTA. (2000). *Os imigrantes na construção histórica da pluralidade étnica brasileira*. Revista USP, São Paulo, n.46, p. 6-29, junho/agosto.
- CARBONELL SANCHEZ, MIGUEL. *Democracia y Derecho de Asociación: Apuntes sobre la Jurisprudencia Interamericana*. Revista Pensamiento Constitucional año XV N° 15 / ISSN 1027-6769, pág. 3.
- CDHIC. (2011). *Brasil, Informe sobre a Legislação Migratória e a Realidade dos Imigrantes*. Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante.
- CIDH.(2009). *Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. pág. 9-10.
- CIDH. (2013). *Derechos Humanos de los Migrantes y otras personas en el Contexto de la movilidad Humana en México*. Informe Inmigrantes Mexicanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pág. 259.
- CORTE IDH. (2003). *Sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva n. 18, pár. 157.
- CORTE IDH. (2014). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 2. Migrantes*, pág. 9.
- OEA.(2008). *Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y Directivas Europeas de Retorno*. Resolución 03.08.
- OEA.(2012). *Los Derechos Humanos de los Migrantes, Incluidos los Trabajadores migratorios y sus Familias*. Ag/Res. 2729 (XLII-O/12), pág. 4.
- ONU. (2010). *Derecho a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación*. Resolución en la Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/RES/15/21.
- ONU. (2011). *Sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Observación general N° 1.
- ONU. (2013). *Sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Observación general N° 2.
- SEYFERTH, GIRALDA. (2008). *Imigrantes, estrangeiros: a trajetória de uma categoria incomoda no campo político*. Trabajo presentado en la 26ª Reunión Brasileña de Antropología. Disponible en: http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/mesas_redondas/trabalhos/MR%2012/giralda%20seyferth.pdf
- TST. (2013). *Os imigrantes no Brasil, a transição para o século XX e suas consequências para as relações de trabalho*. Tribunal Superior del Trabajo, Informativo da Coordenadoria de Gestão Documental e Memória Ano III –
- N° 5. VENTURA ROBLES, MANUEL. (2004). *Revista IIDH, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 27.

Salud mental en Chile: radiografía bajo el lente de los derechos

*Stephanie Rabi Misle**

Resumen

¿Sabía usted que en Chile una de las garantías AUGE más demandas es la que cubre tratamientos para la depresión? A raíz de numerosos factores, esta realidad se ha ido incrementado a lo largo de los años y, desafortunadamente, no solo se trata de una realidad nacional: actualmente, Según la OMS, existen 350 millones de personas en el mundo afectadas por depresión y, para el año 2030, se proyecta que el costo por discapacidad y pérdida de años de vida por esta enfermedad será más alto que el de cualquier otra condición, incluyendo accidentes, guerras, suicidios, cáncer e infartos*. Sin duda, la salud mental será un desafío crucial para los países que quieran proteger los derechos de sus ciudadanos.

* Periodista de la Universidad Católica de Chile y Magíster en Ciencia Política de la misma Universidad. Asistente Senior de Información Pública en la Oficina Nacional en Chile del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Tutora tesina: Antonia Santos P. Diplomado Derechos Sociales, Políticas Públicas y Gestión Global 2015-2016.

* Opazo, Tania. "Una nueva mirada sobre la depresión". La Tercera, 2015.

Presentación

Las cifras hablan por sí solas: en 2014, el 20% de los subsidios por incapacidad laboral autorizados por el gobierno chileno fueron debido a trastornos mentales¹ y, según el último estudio de Carga de Enfermedad y Carga Atribuible realizado en el mismo país (AVISA), las enfermedades de este tipo representan la principal fuente de carga de enfermedad. Como si fuera poco, un informe del National Business Group of Health² reveló que el costo indirecto asociado a las enfermedades de salud mental (y abuso de sustancias) generalmente iguala o excede los costos directos del tratamiento. Por ejemplo, las enfermedades mentales y el abuso de sustancias son una causa mayor de pérdida de productividad y ausentismo laboral.

Pero los desafíos que deben enfrentar los países - debido al incremento de las enfermedades mentales- no solo están vinculados a materias económicas, sino que también despiertan problemáticas más profundas relacionadas con el cumplimiento de sus compromisos internacionales y, muy especialmente, con su deber de promover los derechos humanos y sociales dentro de su territorio.

Según un estudio efectuado por la Organización Mundial de la Salud, las personas con trastornos mentales soportan condiciones de vida muy duras en algunos países: «Se enfrentan a la marginación económica, en parte por la discriminación y en parte por la ausencia de protección legal frente al trato inadecuado o abusivo. A menudo se les niega la oportunidad de estudiar, de trabajar o de disfrutar de servicios públicos y/u otro tipo de instalaciones. En muchos casos ocurre que ciertas leyes, aunque no discriminan activamente a las personas con trastornos mentales, colocan obstáculos o cargas innecesarias o inadecuadas sobre éstas. En algunos países, las personas con trastornos mentales son

objeto de vejaciones, como la negación arbitraria de derechos garantizados a cualquier otro ciudadano».³

En Chile, específicamente, existe un estigma muy fuerte relacionado con las personas con este tipo de trastornos, a las que a menudo se les trata como incompetentes, incapaces de cuidar de sí mismas, mantener relaciones amorosas, realizar trámites o manejar sus asuntos personales.

A modo de comprometerse para cambiar la realidad de las personas con enfermedades mentales, Chile ha suscrito numerosos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración de Caracas (1991), que puso énfasis en la permanencia del enfermo en su medio comunitario, el respeto por los Derechos Humanos y la atención psiquiátrica ligada a la asistencia primaria de salud. Siguiendo este compromiso, el país ha implementado dos Planes Nacionales -actualmente está desarrollando el tercero- a modo de garantizar los derechos sociales de las personas con enfermedades mentales y respetar sus derechos humanos básicos.

Al anterior instrumento señalado se incluyen la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Tratado Americano sobre los Derechos Humanos, el Protocolo Adicional al Tratado Americano sobre los Derechos Humanos y el Tratado Interamericano para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Personas con Minusvalías. Por un lado, el Tratado Americano sobre los Derechos Humanos declara explícitamente que toda persona tiene el derecho a su integridad física, mental y moral; que nadie podrá ser sometido a tratamientos o castigos crueles, degradantes o inhumanos y que toda persona privada de su libertad deberá ser tratada con la dignidad inherente al ser humano. En tanto, el Protocolo Adicional al Tratado Americano sobre los Derechos Humanos proporciona aún más protección para las personas con trastornos mentales afirmando que tienen el derecho a recibir

¹ Fernández, O y Leiva, L. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento". La Tercera. Septiembre 2015.

² National Business Group of Health. "An employer's Guide to Behavioral Health Services". Center for Prevention and Health Services. 2005.

³ National Business Group of Health. "An employer's Guide to Behavioral Health Services". Center for Prevention and Health Services. 2005.

una atención especial que les ayude a alcanzar el mayor desarrollo posible de su personalidad.

A más de veinticinco años desde la firma de la Convención de Caracas, el propósito del presente documento es exhibir el panorama general del sistema de salud mental chileno y determinar si las políticas públicas actuales garantizan los derechos humanos básicos y sociales de las personas con enfermedades o discapacidades mentales. Ante esto, cabe señalar que, durante el 2015, el Ministerio de Salud de Chile informó que está desarrollando un nuevo Plan Nacional de Salud. Si bien aún no se conocen los lineamientos de esta política pública, la presente investigación también incorporará algunas recomendaciones que podrían llegar a ser útiles desde la perspectiva del respeto por los derechos humanos de los pacientes y los miembros de la sociedad en su totalidad⁴.

1. La salud mental y los derechos humanos

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en Derecho», señala el artículo número 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en 1948. Esta frase ha sido, desde aquél entonces, la base para declarar que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que, según manifiesta la declaración, «son indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad».

Es así como toda persona tendrá derecho a gozar de salud, educación (art. 26.1), a hacer parte de la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y disfrutar los frutos del progreso científico (art. 27.1). Particularmente, las personas con enfermedades mentales -cuyos derechos específicos fueron garantizados por las Naciones Unidas a través de la Declaración para las Personas con Discapacidad (1975)- tienen derecho a que se respete su dignidad humana y a disfrutar de una vida decorosa,

lo más normal y plena que sea posible, cualquiera que sea el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias.

Muchos años después, en 2002, una publicación de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos titulada “Derechos Humanos y discapacidad” reafirmó la «inapreciable dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, el concepto de autonomía o de libre determinación que exige que la persona sea el centro de todas las decisiones que le afecten, la igualdad inherente de todos independientemente de las diferencias y la ética de la solidaridad que la sociedad exige para sustentar la libertad de la persona con los apoyos sociales correspondientes».

En el presente documento, se tomará el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como timón para orientar el análisis de las principales políticas públicas chilenas con respecto a las enfermedades mentales. Así, será dividida la investigación en dos partes: Igualdad en el acceso, enfocada en la oportunidad de los miembros de la sociedad para acceder a garantías sociales, y la igualdad en el trato, representada por una atención digna, respetuosa e igualitaria para los pacientes con enfermedades mentales y que, lamentablemente, son estigmatizados frecuentemente dentro de la sociedad.

2. Planes nacionales de salud y otras políticas

Poco a poco, en la medida en que los gobiernos y las sociedades han tomado conciencia respecto a la importancia de la salud mental de las personas, se ha posicionado esta problemática como una que representa una inmensa carga social, no solo por su prevalencia sino porque es responsable de una parte importante del sufrimiento, discapacidad y deterioro de la calidad de vida de los ciudadanos. A la inversa, cada vez más, los países han comprendido que la buena salud mental hace posible que las personas materialicen su potencial, superen el estrés normal de vida, trabajen de forma productiva y hagan aportaciones a su comunidad.

⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS). “Mental Health Legislation and Human Rights”. 2003, P.16.

Chile ha sido uno de los países que han ido materializando su creciente interés en la salud mental de los ciudadanos y, de hecho, según un informe realizado por la Organización Mundial de la Salud en 2006, «ha estado realizando modificaciones más o menos profundas en su sistema de salud⁵».

Uno de los pasos iniciales fue desarrollar un primer Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, promulgado en el año 1993, que reconoció la importancia de la salud mental para el bienestar general de la población. Posteriormente, en el año 2000, comenzó a implementarse una segunda versión del Plan Nacional, cuyo objetivo más importante fue enfatizar un modelo comunitario en el tratamiento de los pacientes, permitiendo la integración social de los usuarios y respetando sus derechos humanos básicos.

Seis años después de la implementación del plan, la OMS publicó el informe WHO-AIM sobre el Sistema de Salud en Chile, en donde se aseguró que «la evaluación efectuada muestra un avance considerable en casi todos los indicadores relacionados con la implementación del Plan Nacional⁶».

Posteriormente, se han llevado a cabo otras políticas públicas que han sido relevantes a la hora de resguardar los derechos de las personas con enfermedades mental: una de ellas fue la Estrategia Nacional de Salud para el Cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la Década de 2011-2020, una política más conocida como «Elige Vivir Sano» y que tuvo como rostro visible a la esposa del ex presidente Sebastián Piñera. En esta propuesta se dieron a conocer 50 objetivos para la salud, de los cuales cuatro guardan relación directa con la salud mental de los chilenos: reducir el consumo de alcohol y de drogas ilícitas, disminuir las tasas de suicidios

adolescentes y los niveles de discapacidad en personas con enfermedades mentales⁷.

Un rol bastante innovador tuvo también la creación del Sistema de Garantías Explícitas de la Salud (GES) que, actualmente, ha incluido la cobertura de enfermedades como la esquizofrenia y la depresión en personas de quince años o más.

Queda en evidencia que, a través de los años, Chile ha incorporado de forma creciente mecanismos para resguardar la salud mental de sus habitantes, sin embargo, a pesar de los avances efectuados y del reconocimiento de las enfermedades mentales como una problemática necesaria de combatir, siguen existiendo considerables fallas en el sistema. Basta con señalar que, recientemente, el Ministerio de

Salud ha dado a conocer que por cada setenta y cinco personas con trastornos depresivos tan solo treinta demandan atención médica para su patología⁸.

Por otra parte, según un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS), efectuado en 2014: «La buena evolución del sistema de salud mental chileno, hace aún más urgente, avanzar en consolidar lo alcanzado, y también dar solución a las también evidentes falencias e inequidades que en el Informe se muestran. Entre otras, la menor oferta de servicios a la población de niños y adolescentes, el acceso inequitativo a la atención según geografía, ruralidad, culturas originarias y por tipo de previsión; los tiempos que demora el acceso al especialista; la aún elevada práctica de recursos extremos que limitan los derechos de las personas como la internación no voluntaria, la contención física y otros; la disminución en el incremento proporcional del presupuesto destinado a salud mental, etc.»⁹

A continuación, se profundizará en los desafíos a los que se deberá enfrentar Chile durante los próximos años a modo de mejorar la cobertura de derechos

⁵ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile. 2006, P.5.

⁶ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile. 2006, P.12.

⁷ Errazuriz y Valdés. "Salud Mental en Chile: El Paciente Pobre del Sistema de Salud". Instituto de Políticas Públicas UDP. 2012, P.4.

⁸ Fernández y Leiva. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento". La Tercera, 2015.

⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS) "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.4

para las personas con enfermedades mentales. Lo más importante a rescatar de la perspectiva que se exhibe en el presente documento, es que para abordar la salud mental de manera integral es necesario dejar de verla como una problemática vinculada netamente al área de la salud y comenzar a percibirla como un desafío integral que involucra temáticas diversas como la educación, la vivienda, el desarrollo social, la cultura y, lo más importante, los derechos humanos. Estos últimos deben ser una dimensión clave en el diseño, desarrollo, seguimiento y evaluación de los programas y políticas de salud mental.

3. Derechos desde la perspectiva del paciente: igualdad de trato

A) Reducción de hospitales psiquiátricos: camino hacia la dignidad

Con la implementación del Segundo Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría (2000), se inició un proceso de transformación de los espacios de recuperación mental hacia un sistema comunitario, que está constituido por el desarrollo de dispositivos ambulatorios alternativos a los hospitales psiquiátricos. A este proyecto se le denominó «Modelo Comunitario de Salud» y puso énfasis especial en los aspectos psicológicos y sociales del paciente.

Roberto del Águila¹⁰, representante de la Organización Mundial de la Salud (OMS), asegura que el nuevo modelo comunitario- o la comúnmente llamada «des-hospitalización de la salud mental»- «tiene como principal objetivo lograr que las personas con problemas de salud mental sean vistas o tratadas a nivel de hospitales generales u hospitalizaciones cortas, dándole prioridad a lo que llama “casas de acogida”, en las cuales se mantiene a estas personas pero dándoles la oportunidad para poder ver a sus familias, mantener redes de amistad e inclusive, trabajar».

¹⁰ Entrevista al representante en Chile de la Organización Mundial de la Salud, el doctor Roberto del Águila.

La razón de adoptar el modelo comunitario y reemplazar las internaciones en hospitales psiquiátricos, responde al derecho de las personas con discapacidad a integrarse lo más plenamente dentro de la sociedad y a desarrollar sus capacidades al máximo posible. En un estudio sobre 226 pacientes de una unidad residencial en Nigeria, se observó que la interrupción de las visitas familiares a los pacientes, en familias extensas, contribuyó a que se prolongaran las estancias o incluso a que se hicieran indefinidas¹¹.

Ante esto, el Médico Epidemiólogo y representante de la OMS en Chile, Roberto del Águila, señala: «No es solamente el derecho a la salud, sino que realizar el tema de tratamiento de las enfermedades mentales manteniendo el respeto por los derechos humanos. Por ejemplo, todavía hay algunos hospitales psiquiátricos, en los cuales a las personas con enfermedades mentales crónicas, se les hospitaliza o más bien, se los mete o se los recluye, e inclusive se llevan a cabo prácticas completamente prohibidas para los Derechos Humanos: se les encadena a la cama, se les ponen ataduras o se les priva de las condiciones adecuadas de alimentación, de vestimenta, visitas familiares, etc.»

Poco a poco, desde el año 2000, Chile ha ofrecido una alternativa efectiva al modelo centrado en el hospital psiquiátrico y ha utilizado sus fondos para potenciar dispositivos o consultorios comunitarios ambulatorios. Además, ha incrementado las camas de corta estadía en hospitales generales para personas que llegan por urgencias como, por ejemplo, un intento de suicidio.

En 2006, el Informe WHO-AIMS felicitó esta iniciativa chilena y señaló que «la situación de mayor descentralización y cercanía a la gente, la mayor integración con las organizaciones y actividades comunales, el mejor conocimiento de la realidad socioeconómica y cultural y las mayores facilidades de articulación con los centros de atención primaria, hacen de los Centros Comunitarios de Salud (COSAM) sean establecimientos en situación

¹¹ Jegede y Colb, 1985

privilegiada para la atención especializada de salud mental y psiquiatría»¹².

A modo de reafirmar lo anteriormente mencionado, el Doctor Rubén Alvarado, Académico de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile afirma que «cuando la persona sigue estando con su familia, manteniendo su red de amigos, eventualmente si es posible manteniendo su trabajo, su colegio. La posibilidad de recuperación de la persona es mucho mayor si tú los tienes en dispositivos cuyos tratamientos sean más cercanos a la vida cotidiana»¹³.

Las camas en los hospitales psiquiátricos han continuado disminuyendo en este período, especialmente a costa de la disminución de las camas de larga estadía (781 en el 2004 y 441 en el 2012). Sin embargo, a pesar de los notables esfuerzos, «las medidas forzadas en las hospitalizaciones psiquiátricas (admisiones involuntarias de urgencia o con autorización de las SEREMI, los ingresos judiciales, la contención física y la reclusión en aislamiento) aumentaron entre los años 2004 y 2012 tanto en los hospitales generales como en los psiquiátricos»¹⁴.

La afirmación anterior da luces a una problemática aún más profunda y que no necesariamente podrá solucionarse extinguiendo los hospitales psiquiátricos. Efectivamente, numerosos estudios afirman que la atención comunitaria permite una recuperación integral del paciente debido a que fomenta su integración a la sociedad y, por consiguiente, su rehabilitación. Sin embargo, es necesario preguntarse: ¿qué porcentaje de los funcionarios de los hospitales generales poseen capacitación en Derechos Humanos? A modo de evitar el crecimiento de prácticas cuestionables como, por ejemplo, la contención física en lugares de internación de corta estadía. Por otra parte, ¿cómo se puede afirmar que las comunidades y los

ambientes en los que viven los pacientes son contextos adecuados para su recuperación? Sin duda, no basta con establecer dispositivos comunitarios dentro de las numerosas poblaciones y comunas del país, sino también llevar a cabo un trabajo integral, que aborde las necesidades educativas, familiares, económicas, culturales y sociales de los ciudadanos, a modo de reforzar los ambientes en los que se desenvuelven las personas enfermas y sus cercanos.

B) La necesidad de una legislación de salud mental

El 78% de los países del mundo poseen una Ley de Salud Mental y, a pesar de que Chile posee diversas normativas que regulan los procedimientos médicos y legales para resguardar los derechos de las personas con enfermedades y discapacidades mentales, aún no ha desarrollado una legislación nacional referente a este tema.

En 2001, se dispuso un nuevo Reglamento de Internación en Establecimientos Psiquiátricos -que regula los tratamientos voluntarios e involuntarios- y la creación de una Comisión de Protección de Personas con Enfermedad Mental, cuya labor es fiscalizar los recintos hospitalarios y comunitarios para velar por los derechos de los pacientes. Sin embargo, según el Primer Informe sobre el Sistema de Salud de Chile, existen aún muchas limitaciones en la protección de los derechos de estas personas debido a las restricciones que impone el código sanitario¹⁵.

En primer lugar, las Comisiones -que tienen la autoridad para visitar establecimientos de hospitalización psiquiátrica, realizar investigación de reclamos sobre atropellos de derechos de usuarios y autorizar procedimientos irreversibles en personas con enfermedades mentales (tales como psicocirugía y esterilización)¹⁶ - no es un organismo de revisión independiente del sistema público de salud y tampoco posee instancias que permitan a los

¹² Organización Mundial de la Salud (OMS). "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2006, P.11

¹³ Entrevista al Doctor Rubén Alvarado, Académico de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile

¹⁴ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.19.

¹⁵ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2006, P.9.

¹⁶ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile, 2006, P.26

pacientes disponer de asesoría legal para efectuar quejas¹⁷. Por otra parte, la Comisión Nacional y las Comisiones Regionales de Protección de las Personas con Enfermedad Mental supervisaron tan solo el 16,4% de los establecimientos de hospitalización psiquiátrica y de cuidados residenciales comunitarios en el año 2012¹⁸.

Por otra parte, en cuanto a las normativas especiales dispuestas por Chile para velar por los pacientes con enfermedades mentales, la Organización Mundial de la Salud denunció en 2006, que el reglamento no «no responde en plenitud a los estándares de la legislación internacional y tiene muchas limitaciones al no existir una legislación específica al respecto»¹⁹.

Pero la necesidad de una Ley Nacional de Salud Mental no solo abarca la protección de los derechos humanos de los pacientes mientras están en centros hospitalarios, sino que también su integración igualitaria en la sociedad: actualmente, no existen disposiciones legales para proteger a los usuarios de discriminación en el trabajo a causa de un trastorno mental ni para facilitar el acceso a viviendas, de hecho, según la OMS, «muy pocas personas con trastornos mentales severos logran insertarse y mantener un trabajo remunerado»²⁰. A la inversa, tampoco existen legislaciones positivas que promuevan la integración al trabajo y al estudio de estas personas.

Cabe señalar que la actual ley 18 600 sobre «Deficientes Mentales», permite a los empresarios contratar a personas con enfermedades mentales por un sueldo inferior al sueldo mínimo y, a nivel sanitario, aún permite someterlas a tratamientos irreversible, como esterilizaciones. Por supuesto esta situación está lejos de ir en la misma línea que las normativas internacionales²¹.

Según el informe “Mental Health Legislation and Human Rights” (2003) una «legislación sobre salud mental es necesaria para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales, ya que son un sector vulnerable de la sociedad. Estas personas se enfrentan a la estigmatización, a la discriminación y la marginación en todas las sociedades, incrementándose así la probabilidad de que se violen sus derechos. La legislación sobre salud mental puede proporcionar un marco legal para abordar asuntos clave como la integración en la comunidad de personas con trastornos mentales, la prestación de una atención de calidad, la accesibilidad a dichos cuidados, la protección de los derechos civiles y la protección y promoción de derechos en otras áreas clave, como la vivienda, la educación y el empleo».²²

En resumen, la posibilidad de obtener una Legislación Nacional de Salud Mental permitiría reconocer el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, eliminar las facilidades para declarar la interdicción de un sujeto con discapacidad mental, permitir a los individuos con discapacidad mental conocer la información de su ficha clínica, crear una autoridad independiente para supervisar las hospitalizaciones involuntarias, reconocer el derecho exclusivo de las personas con discapacidad mental a dar consentimiento para procedimientos irreversibles (como es el caso de la esterilización y psicocirugía) y fomentar el acceso a centros educativos, un trabajo decente y una vivienda digna.

C) Capacitación de profesionales de la salud

Al momento de proponer un plan de de hospitalización con un enfoque comunitario -que involucre priorizar atenciones en hospitales generales y centros de salud primarios- es esencial tomar en cuenta los niveles de capacitación que poseen los funcionarios y profesionales de la salud respecto a los tratos adecuados para atender a personas con enfermedades mentales.

¹⁷ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile, 2006, P.52

¹⁸ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile, 2014, P.17

¹⁹ Organización Mundial de la Salud. “Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile”, 2006, P.52

²⁰ Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile, 2006, P.10

²¹ El dínamo. La deuda histórica del estado con la salud mental. 2015.

²² Organización Mundial de la Salud. Mental Health Legislation and Human Rights, 2003, P.2.

Ya en 2006, la OMS advirtió que era necesario mejorar la capacitación en salud mental de los profesionales y técnicos que trabajan en la actualidad en el sistema público²³. Además, indicó que solamente el 2% de la malla de los estudiantes de medicina está dedicada a salud mental, en comparación con el 5% en Enfermería y 3% en los centros de formación técnicos paramédicos. Por otra parte, 23% de los médicos de atención primaria habían recibido alguna capacitación en salud mental con una duración de dos o más días²⁴.

Posteriormente, en un informe publicado recientemente, se señaló que entre los años 2004 y 2012, la mayoría de las carreras mantuvieron una proporción similar para salud mental y psiquiatría en la malla curricular o tuvieron una leve disminución, con la excepción de medicina donde el promedio del porcentaje destinado a este tema casi se duplicó en estos ocho años.

Este aumento en la carrera de medicina se produjo tanto por un incremento de horas en ramos de 4º y 5º año como por la inclusión de psiquiatría en el internado²⁵.

4. Derechos desde la perspectiva de la sociedad

A) Desafío principal: la calidad

«Existe una segunda parte que es la más complicada: Lograr reducir las brechas en la atención de las personas con salud mental», señala el doctor Roberto del Águila, «Chile no puede decir que no tiene una brecha cero, todavía no existe especialmente en determinadas enfermedades de salud mental como depresión o demencia- y la razón es porque no hay recursos humanos suficientemente capacitados para desarrollar lo que son el tratamiento de estas personas», añade.

En efecto, diversos informes muestran avances evidentes en varias áreas, una de ellas es el incremento de un 260 % en el número de establecimientos en los que se entrega algún tipo de atención en salud mental, cubriendo a casi la totalidad de la Atención Primaria de Salud urbana y más de la mitad en los sectores rurales. Por otra parte, otro avance destacable es la creación de una guía clínica para el manejo con calidad de las enfermedades y condiciones mentales²⁶. Sin embargo, los pacientes afiliados a fonasa siguen enfrentándose a la falta de especialistas y a las demoras en la atención, mientras que los clientes de las isapres, aún tienen como desafío sortear los altos costos asociados a las terapias psiquiátricas y a sus bajas coberturas financieras²⁷. Como dato anexo, los días de espera para la primera consulta con un especialista es de 43,7 días en el sector público y 14,4 en el sector privado²⁸.

Dentro del aspecto de la calidad, sin duda, uno de los puntos más esenciales es el porcentaje económico que los gobiernos destinan a la Salud Mental. La Organización Panamericana de la Salud ha propuesto que al menos un 5% de su presupuesto total sea destinado a este rubro, sin embargo, el real porcentaje destinado a la Salud Mental no supera el 2,2%²⁹. Un hecho que, según el Jefe del Departamento de Salud Mental del Minsal, es necesario cambiar: «el Minsal está trabajando desde comienzos de este año (2015) en un informe, que será la base de un proyecto de ley de salud mental. La idea es que, por esta vía se eleven los 90 mil millones de pesos de presupuesto anual destinado a esta materia. Se necesita más que duplicar el presupuesto, afirmó en un reportaje»³⁰.

Cabe destacar, además, que de las sesenta y nueve patologías que actualmente están garantizadas en el AUGE, menos del 5% corresponden al área de la

²³ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2006, P.12.

²⁴ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2006, P.41.

²⁵ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.72.

²⁶ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.3.

²⁷ Fernández y Leiva. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento", La Tercera, 2015.

²⁸ Fernández y Leiva. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento", La Tercera, 2015

²⁹ El dínamo. "La deuda histórica del estado con la salud mental", 2015.

³⁰ Fernandez y Leiva. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento", La Tercera, 2015.

Salud Mental³¹ y una de ellas- la depresión- es la más utilizada en las Isapres³².

Por otra parte, la disponibilidad de medicamentos básicos para los trastornos mentales en la atención primaria es considerablemente baja (en comparación con los medicamentos disponibles para las enfermedades infecciosas o incluso para otras enfermedades no transmisibles). Además, tampoco hay disponibilidad de tratamientos no farmacológicos ni de personal calificado suficiente para ofrecer estas intervenciones y a esto se suma que el sector público aumentó sus días de espera desde 29 a 48,3³³.

Como aspectos positivos, cabe señalar que el número total de dispositivos de Salud Mental existentes en el sector público creció de setecientos cincuenta y nueve en el año 2004 a dos mil veintidós en el 2012³⁴, sin embargo, como desafío existente es necesario lograr descentralizar los recursos que se siguen concentrando en el Gran Santiago y vencer el bajo porcentaje de utilización de los servicios de salud mental por parte de personas de zonas rurales y de minorías étnicas, religiosas y lingüísticas³⁵.

Además, diversas evaluaciones han detectado deficiencias existentes en el área de los servicios y programas de Salud Mental infantil a nivel de tratamiento, rehabilitación e inserción social. Ante ello, según un informe emitido en 2006, «existen cifras que demuestran que los servicios de salud mental para niños y adolescentes tienen un grado de implementación inferior al de los de adultos»³⁶, pero eso no es todo: en una entrevista, la psiquiatra de la Universidad de Chile, Vania Martínez, afirmó que un 6,1% de los niños y jóvenes chilenos presenten síntomas depresivos y que para tratarlos

eficientemente es necesario involucrar al sistema educativo y a los padres³⁷.

Para finalizar, es necesario destacar que la Organización Mundial de la Salud, recomendó durante el 2014, que Chile mejorase en las siguientes aspectos: que los centros de salud mental comunitarios cumplan con la norma técnica de uno por cada 40.000 beneficiarios y de disponer de la cantidad de recursos que se requieren para su funcionamiento, reducir el tiempo de espera para la primera consulta psiquiátrica, asegurar el acceso de niños o adolescentes a los servicios de salud y mejorar el presupuesto asignado a las políticas públicas de Salud Mental.³⁸

B) Enfoque integral del sistema

«Tenemos que tener una mirada global sobre las soluciones para la salud mental y ese es uno de los elementos que no los vas a poder encontrar en ningún Plan de Salud», señala el Médico Consultor Roberto del Águila. En los planes de salud van a mencionar la necesidad de incluir la salud en todas las políticas de los ministerios, pero mientras esas otras no se comprometan a mirar ese problema como tal y a buscar una solución, vamos a estar fastidiados», agrega el doctor.

El Académico de la Universidad de Chile Rubén Alvarado está de acuerdo: «yo sé que los sectores con menos recursos, más pobres, tienen más riesgos de desarrollar una depresión. Pero entonces lo que hay que atacar es la pobreza y forma parte de políticas sociales más amplias», afirma. «Necesitamos reducir la pobreza, necesitamos generar espacios de estudio, espacios de trabajo que sean más saludables, menos niveles de estrés, necesitamos reducir las inequidades de género. Pero son políticas públicas más amplias que no son específicamente de salud mental».

Como si quedaran dudas, en el Plan de Acción Salud Mental 2013-2020 de la OMS se reafirma esta situación: «Dependiendo del contexto local, algunas

³¹ Errazuriz y Valdes. "Salud Mental en Chile: El Paciente Pobre del Sistema de Salud". Instituto de Políticas Públicas UDP, 2012, P.3.

³² Fernandez y Leiva. "Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento", La Tercera, 2015.

³³ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.18.

³⁴ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.18.

³⁵ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.12.

³⁶ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2006, P.52

³⁷ Opazo. "Una nueva mirada sobre la depresión". La Tercera, 2015.

³⁸ Organización Mundial de la Salud. "Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile", 2014, P.20.

personas y grupos sociales pueden correr un riesgo significativamente mayor de sufrir problemas de salud mental. Entre estos grupos vulnerables se encuentran (aunque no siempre) miembros de las familias que viven en la pobreza, las personas con problemas de salud crónicos, los niños expuestos al maltrato o al abandono, los adolescentes expuestos por vez primera al abuso de sustancias, los grupos minoritarios, las poblaciones indígenas, las personas de edad, las personas sometidas a discriminaciones y violaciones de los derechos humanos, los homosexuales, bisexuales y transexuales, los prisioneros o las personas expuestas a conflictos, desastres naturales u otras emergencias humanitarias»³⁹.

En este sentido, la misma OMS asegura que los aspectos como el acceso a una vivienda o a una educación de calidad son vitales: «La legislación sobre la vivienda debería proteger los derechos de las personas con trastornos mentales, por ejemplo, evitando la segregación geográfica, dándoles prioridad en el acceso a una vivienda y animando a las autoridades a que se construyan nuevas viviendas (...) Tanto niños como jóvenes y adultos tienen el derecho a beneficiarse de instalaciones y oportunidades educativas adecuadas. Los países deberían asegurar que la educación de las personas con trastornos mentales es una parte esencial del sistema educativo».

5. Conclusiones y recomendaciones finales

Actualmente, en Chile, se está llevando a cabo la elaboración de un Nuevo Plan Nacional de Salud Mental, que intentará poner énfasis en el tratamiento y regulación integral de las enfermedades mentales en el país. Según filtraciones de la prensa, el nuevo proyecto ofrecería pagar una remuneración equivalente al salario mínimo a personas con discapacidad mental y crear un órgano independiente que autorice y supervise las hospitalizaciones involuntarias. Entre otros puntos, establecieron también que exista un aumento en el presupuesto

destinado a esta labor, en el número de centros de atención comunitaria y se otorgarse incentivos para fomentar la inclusión de personas con discapacidad.

Sin embargo, existe un punto que es necesario hacer notar: el Nuevo Plan Nacional de Salud Mental no puede poseer un enfoque y una mirada estrictamente vinculada al área de la salud, de hecho, es muy necesario que sea elaborado en estrecha colaboración con entidades como la JUNJI, el Ministerio de Desarrollo Social, Educación y SERNAM, entre otros. Del mismo modo, en caso de que se llegase a elaborar una Ley Nacional de Salud Mental -la cual ya se ha abordado en profundidad- esta debe poseer un enfoque integral y comprender las reales necesidades de las personas con enfermedades mentales, tales como el acceso a una vivienda, a centros educacionales, a un trato digno durante los tratamientos y a llevar una vida lo más normal posible sin discriminación. Para ello, la mejor forma de abordar las políticas públicas propuestas es siempre desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

³⁹ Organización Mundial de la Salud. "Plan de Acción Sobre Salud Mental 2013-2014", 2013

Bibliografía

Libros e Informes

Organización Mundial de la Salud.” Mental Health Legislation and Human Rights”, 2003. Organización Mundial de la Salud. “Plan de Acción Sobre Salud Mental 2013-2014”, 2013. Organización Mundial de la Salud. “Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile”, 2014. Organización Mundial de la Salud. Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud en Chile. 2006.

Errazuriz y Valdés. “Salud Mental en Chile: El Paciente Pobre del Sistema de Salud”. Instituto de Políticas Públicas UDP, 2012.

Subsecretaría de Salud Mental. Proceso Elaboración Plan Nacional de Salud Mental: Propuesta Metodológica. 2015-2016.

Reportajes

42 Organización Mundial de la Salud.” Mental Health Legislation and Human Rights”, 2003, P.5.

Opazo. “Una nueva mirada sobre la depresión”. La Tercera, 2015.

Fernandez y Leiva. “Menos de la Mitad de las Personas que poseen Depresión acceden a Tratamiento”, La Tercera, 2015.

Ximena, Flores. “Salud Mental en Chile: cada día puede ser peor...”, La Tercera, 2015.

Entrevistas a profesionales

Entrevista al representante en Chile de la Organización Mundial de la Salud, el doctor Roberto del Águila.

Entrevista al Doctor Rubén Alvarado, Académico de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile.

Entrevista a José Miguel Guzmán, Director Ejecutivo de Cintras-Chile.

Estigma y criminalización del aborto: en contra de los derechos de las mujeres*

Soledad Acevedo Arenas

Resumen

Esta tesina presenta un análisis reflexivo de algunos factores que influyen en el estigma y la criminalización social que viven las mujeres que toman la decisión de abortar como un derecho a decidir. El análisis se ha concentrado en tres partes: la cultura clandestina del aborto, la construcción del principal argumento de los grupos autodenominados «pro-vida» y su defensa por la ilegalidad del mismo, así como el mandato social que recae sobre las mujeres y niñas: la «maternidad obligatoria». Finalmente se fijará el estudio en cómo estos factores influyen para la creación – o no – de las políticas públicas sobre los derechos sexuales y derechos reproductivos (incluido el aborto) como un asunto de salud pública.

Este trabajo académico se desarrolla en el marco del Diplomado internacional de especialización Derechos Sexuales y Reproductivos y Políticas Públicas 2015-2016 de la Fundación Henry Dunant.

* Tutora tesina: Antonia Santos P. Diplomado Derechos Sexuales y Reproductivos y Políticas Públicas 2015-2016.

Presentación

Desde siempre las mujeres han abortado por distintas y variadas razones: aun con legislaciones restrictivas que penalizan a aquellas que abortan y a quienes las acompañan; con la criminalización social que se materializa en el personal de salud, en las policías, medios de comunicación, familia, grupos conservadores y jerarquías eclesiales, la sociedad... aun cargando con el estigma social, las mujeres siguen abortando. ¿Cómo afecta a la mujer la decisión de llevar a cabo la interrupción del embarazo?, ¿por qué la sociedad distorsiona y castiga a aquellas que deciden tomarse la libertad (que le es propia) de decidir sobre sus propias vidas?, ¿qué lleva al discurso hegemónico a negar la posibilidad de interrumpir el embarazo?

La interrupción del embarazo –cuando es la mujer la que decide abortar- por un lado, mueve los cimientos del poder conservador y remueve el discurso instituido; ese discurso «antiderecho» que ha sido fortalecido a través de la historia y que se pretende como reserva moral de una sociedad que quiere transformaciones, pero que sin embargo muestra lentos avances. Por otro, muestra con beligerancia la discriminación y violencia que representa la omisión de derechos fundamentales para las personas, en este caso las mujeres, quienes siempre han debido postergar su bienestar por el «bien común». Si bien las políticas públicas apuntan a mejorar sus condiciones, sobre todo aquellas relacionadas con la sexualidad y la reproducción, no son prioridad o han tenido que sortear una serie de barreras.

Problema

La criminalización del aborto contribuye sustancialmente al estigma social y, junto a la penalización total del aborto, constituyen una grave violación a los derechos humanos y una deuda con las mujeres.

La cultura clandestina del aborto

En Chile en los años 1930 y 1931 se conocen las primeras cifras oficiales de aborto provocado por causas de egresos hospitalarios. Las investigaciones sobre esta problemática han recopilado información sobre esta práctica desde tiempos de la Colonia (AFLD, 2013:3) Este procedimiento se realizaba en el resguardo familiar o individual, situación similar a la que ocurre también en el presente. Las mujeres abortan en silencio porque está prohibido totalmente y temen arrastrar consigo el estigma social que envuelve esta práctica. A pesar de que antes del 1930 su prevalencia era reducida, se trataba de un procedimiento aceptado con énfasis en las clases acomodadas chilenas (AFLD, 2013: 5), razón por la cual los sectores a favor del derecho a decidir mencionan la «clase» como un argumento de la desigualdad existentes en las mujeres que poseen el suficiente poder económico para acceder al servicio. La interrupción del embarazo no era una situación desconocida para las mujeres, en especial de ciertos grupos sociales. El contexto social y económico que vive el país en la década de 1930 (similar a lo que ocurría en el resto del mundo), es decir: de precariedad, cesantía y la migración campo-ciudad de un volumen importante de la población –incluida las mujeres como fuerza de trabajo- hacia Santiago, precipita la instalación del aborto como asunto de <<salud pública>>. En 1931 se introduce el artículo 119 del Código Sanitario que regula el aborto terapéutico en los siguientes términos: «Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de dos médicos-cirujanos» (Diario Oficial de la República de Chile, 1968).

Desde esta época hasta 1973, el país vivió un progreso importante en la salud pública respecto a la maternidad: se incluye el cuidado del recién nacido y las acciones de Regulación de la Fecundidad (desde 1963 provisión de anticonceptivos), además de distintas investigaciones en el país y el estatus de derechos humanos que se le reconoce por parte de organismos internacionales (1965) tales como: el Programa Materno Infantil (1970 – 1973) y la

experiencia del Hospital Barros Luco desde enero de 1973 hasta el 11 de septiembre de ese año.

En septiembre de 1989, la dictadura derogó el artículo 119 del Código Sanitario que regía desde 1931 y que permitía la interrupción del embarazo para proteger la vida de las mujeres. Menos conocida son las negociaciones que realizó el cardenal Medina. Algunos textos mencionan que este *lobby* por la ilegalidad comenzó con la visita del Papa a Chile (1987) y con la propuesta del Alnte. Merino para modificar el Código Penal y agravar las sanciones. Finalmente, esta modificación se llevó a cabo y Chile pasó a la lista de los pocos países que penalizan el aborto bajo cualquier circunstancia. Así, la actual legislación se diferencia totalmente de lo que rigió en Chile en gran parte del siglo XX. La Ley 18.826 que eliminó el Código Sanitario que regulaba la interrupción del embarazo (Art. 119) enuncia lo siguiente: «No podrá ejecutarse ninguna acción destinada a provocar el aborto».

Antonio Bascuñán Rodríguez señala que la modificación del Código Sanitario obedeció a la directa intervención del magisterio de la Iglesia Católica, que persuadió al Gobierno de la época para que penalizara absolutamente el aborto en Chile: «La auténtica razón para insistir en su derogación [el artículo 119 original] era que no distinguía entre la provocación directa y la provocación indirecta de la muerte del feto, autorizando ambas». (APROFA, 2008:21). Es importante mencionar que, durante la etapa de la dictadura, los Programas sobre regulación y planificación familiar fueron desinstalados en forma sostenida, siendo mayormente dañadas las mujeres de los sectores más postergados.

Desde la instalación de la criminalización sanitaria y penal, especialmente entre los años 1989 y 2007, distintos autores mencionan una suerte de modificaciones de la tradición médico-jurídica que hoy en día se puede constatar tanto en el discurso como en la praxis individual de las instituciones médicas, como en las modificaciones a las mallas curriculares de las universidades que imparten carreras vinculadas a la salud.

Varias son las preguntas que surgen analizando estas situaciones: ¿por qué Chile no ha repuesto el aborto «terapéutico»? ¿a qué se debe que hayan tenido que transcurrir veinticinco años para que el Parlamento aprobara recientemente la idea de legislar bajo tres causales? (veintiséis propuestas), ¿cómo es posible que prevalezca en el imaginario y el discurso político la criminalización hacia las mujeres que abortan?, ¿dónde quedan la solidaridad y la lucha feminista por la información?, ¿quiénes invisibilizan el derecho a decidir sobre el propio cuerpo?

Claramente para responder deben intersectarse distintos factores de forma contextualizada: no es lo mismo el Chile y el mundo del 1930 al actual; la evidencia científica, la tecnociencia y la bioética han aportado material para el debate y la construcción argumentativa. Los procesos políticos son distintos, la arremetida conservadora y la nueva derecha que sostenidamente ha ganado espacio y ha revitalizado las alianzas con el Vaticano juegan un papel relevante en el momento de realizar cambios y transformaciones estructurales y, por supuesto, los argumentos paradójales frente al aborto y el control social que se manifiesta fuertemente sobre los cuerpos y la sexualidad de las mujeres también se han visto modificados con el paso del tiempo.

El ejercicio de control social sobre los cuerpos – y control sobre los cuerpos de las mujeres-, es una práctica que algunos autores indican desde el siglo XVII, pasando por la revolución francesa y especialmente por la revolución industrial, período en que existe una reorganización de las sociedades post feudales en Europa principalmente. Si se traslada a América Latina esto puede vincularse a la Colonia y a las emancipaciones hacia la independencia de España, a la urgencia de fortalecer las fronteras y asentarse como un país-nación, así como a la adaptación a un sistema económico incipiente: el capitalismo.

El control sobre los cuerpos se explicita en el sexo a modo de dispositivo de regulación social y en los mecanismos instalados para su práctica, ya no solo bajo el concepto de núcleo o comunidad, sino como

individuos que son parte de un grupo social específico. Foucault argumenta la existencia de no solo «un poder» sino de variadas formas bajo el formato de dominación y sujeción que operan en lo local. El poder que antaño se regía bajo el ámbito jurídico y la existencia del sujeto jurídico, hoy se ejerce bajo una dominación más «personal» si se quiere: esta tiene lugar sobre los individuos - con ciertas especificidades sobre las mujeres-, sus cuerpos y vidas. Siguiendo a Foucault, existen formas de poder que corresponden a mecanismos actualizados: la «tecnología política», la «anátomo-política» (que no es otra cosa que el control sobre el cuerpo social a través de la disciplina reubicando a cada constantemente en «su lugar») y la «biopolítica» (interés sobre esa entidad biológica capaz de producir bienes, riqueza, individuos):

«... el sexo se tornará un instrumento de disciplinarización, (...) elementos esenciales de la anátomo-política, (...) es el sexo el que asegura la reproducción de las poblaciones, y con el sexo, con una política de sexo podemos cambiar las condiciones de natalidad y mortalidad. ... el sexo es el eje entre la anátomo-política y la biopolítica» (Foucault, 1991).

La defensa de la ilegalidad del aborto

Durante el siglo XX ocurre que en distintos países se empiezan a revisar las leyes que regulan la interrupción del embarazo. Hasta ese momento – durante el siglo XIX- el aborto inducido era pagado con cárcel a quién lo practicaba y a quienes ayudaran en su práctica, siendo Rusia el primero en legalizarlo bajo el régimen de plazos. En la segunda mitad del siglo XX paulatinamente se legaliza inducidamente en distintos países europeos y en otros continentes bajo el régimen de causales siendo la protección de la salud física y mental de la mujer una de las principales causas. Mientras tanto, en este período, se suscitan distintos hechos históricos que dinamizan la movilización social: el reordenamiento socio-político; la Guerra Fría y su declive; los procesos revolucionarios y las dictaduras

en Latinoamérica; la instalación de la ONU, del sistema universal de derechos humanos y la generación de mecanismos de seguimiento como se conoce en la actualidad; los incipientes y temerosos procesos democráticos luego de las dictaduras en el cono sur, y por supuesto, la nueva derecha (surgida en EEUU y exportada). Los grupos «antiderechos» que persisten en su afán de imponer dogmas morales, éticos y religiosos, bajo la consigna de ser defensores de la vida, han construido un discurso que adopta conceptos desde el derecho, la ética y la tecnociencia, reforzando el saber médico y sus técnicas como único y válido al servicio de la filosofía y la moral católica más fundamentalista.

Sostiene Sergio Zorrilla: *«Es de esta medicalización que ha surgido la ecografía, que a parte de su función terapéutica permite ver lo que se denomina la vida en sus etapas primeras, procurándole un soporte visual a las posiciones de los grupos pro-vida»* (Zorrilla, 2008:7).

El discurso de los autodenominados «provida» se inicia en la defensa del estado del embrión como persona humana, imponiéndose e invalidando la política y la ética; negando otros saberes y la existencia de evidencia basada en los derechos humanos de quienes detentan efectivamente el *status* jurídico de personas. El régimen biopolítico de las sociedades actuales se ve atrapado bajo el precepto de la «inmortalidad del proceso vital», defendido por los grupos «antiderechos» (incluido el Vaticano) que invade el espacio público y niega la política de la pluralidad humana generando un vacío en la acción pública que es llenado por «la defensa de la vida» e incluso solo por la *vida*: «Este movimiento de politizar la vida es profundamente no político» (Ortega, 2006:58). Esta paradoja, la de instalar el debate del aborto en la opinión pública desde esta única interpretación (visión sesgada de lo que representa la vida y la dignidad humana), despolitiza a la vez que anula la diversidad de discurso; polariza entre buenos y malos; vida y muerte; salvadores y asesinas/os, creando una realidad alterna. Además, resta a las instituciones, al Estado y sus representantes de la responsabilidad pública sobre esta «problemática social»: «La vida se

ha convertido en una verdad axiomática de validez incontestable» (Zorrilla, 2008:5).

En este contexto se conocieron en Francia la lucha de las feministas, y su declaración en el *Manifiesto de las 343*: «les prohibimos terminantemente utilizar el término “respeto a la vida”. Ésta es una obscenidad en sus bocas. Somos millones y lucharemos hasta el final para lograr lo que se nos debe: disponer libremente de nuestros cuerpos» (Simone de Beauvoir, 1971). En 1975 se legaliza el aborto en ese país bajo el fundamento del «desamparo» (*détresse*), pese a la gran movilización que se iniciara cuatro años antes por el derecho a disponer del propio cuerpo. El 2014, la nueva *Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* elimina la mención de la situación de *desamparo* y la cambia por *interrupción voluntaria del embarazo solicitado por la mujer*.

Maternidad obligatoria

Hacia el siglo XVII distintas/os autores mencionan el origen y los primeros esbozos de la figura *Madre* asociado a la *Mujer*, así como la díada *bruja / mujer* fue abandonándose a la vez que el discurso médico se separaba paulatinamente del eclesial. Como es de conocimiento, durante tres siglos antes se persiguió y asesinó a miles de mujeres acusadas de brujería que amenazaban a los grupos de poder seguramente vinculados –como en la actualidad- a las castas más conservadoras y acaparadoras de los recursos asustados de perder su hegemonía. En palabras de Ana María Fernández «... las brujas, lejos de operar aisladamente, formaban grupos con alto espíritu de cuerpo, lograban vivir autónomamente, dedicándose a actividades no domésticas y, lo que era peor aún, eran mujeres que poseían cierto sabe» (Fernández, p.76).

Los discursos de quienes producían el conocimiento hegemónico –todos hombres- se centraban en saber cuál era el papel de las mujeres en la reproducción, desde una posición activa en este proceso más allá de simples receptáculos como circulaba en el imaginario y saberes de la Edad Media. Es así el

paso hacia la «devoción de la maternidad» entendida hasta nuestros días, donde la sujeto *Mujer* queda relegada a la posición de *Madre* y valorada en cuanto a ese papel de madre omnipresente y dedicada más allá de su ser, lo que Carol Gilligan llama la «moral y ética del cuidado»: «*El orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya: es la división sexual del trabajo, distribución muy estricta de las actividades asignadas a cada uno de los sexos (...)*» (Bernández, 1990).

Ha sido ya mencionado el control sobre los cuerpos así como que ese control no es el mismo para hombres y mujeres, si bien ambos *cuerpos* poseen la característica biológica de la reproducción, esta «tarea», asociada al cuidado, a la crianza, a la educación, entre otras cargas, le fue asignada a las mujeres –a la *Mujer*- como parte de los mandatos del género y «naturalmente» asociado a su biología, que opera como una orden sagrada¹ para todas, pero que no todas quieren llegar a cumplir. Este mandato social queda instituido simbólicamente a través del lenguaje y la diferencia sexual, traspasando así todas las esferas de la vida de las mujeres y llegando a convertirse en la *institución* de la maternidad.

La diferencia biológica entre hombres y mujeres (especialmente las diferencias de los órganos sexuales), «la inferioridad femenina como algo inherente a su naturaleza y establecido por voluntad divina» (Fernández, p.70), ha sido utilizada y se ha hecho extensiva a la división sexual del trabajo, a los espacios a los que se accede y los lugares que se ocupan; diferencias que la sitúan en un estado de inferioridad y subordinación, de carencias y pérdidas, de ocultamientos y miedos, de leyes punitivas y silencios.

Aquí corresponde enunciar lo que se ha llamado la *naturaleza femenina*, que responde precisamente a esta díada *mujer/madre*, según la cual no es separable la mujer de la madre, o como interpela Palma, es la despenalización del aborto una «¿violación al instinto maternal?» (Palma et al., 2015).

¹ fig. Digno de veneración y respeto // inviolable.

En el debate sobre la despenalización del aborto presenciado durante 2015 y los primeros meses del 2016, repetidamente se han expresado las asociaciones *feto/ niño y mujer embarazada/ madre embarazada*. Así la «opción» de interrumpir el embarazo es transformada en la interrupción del vínculo entre madre e hijo, sostiene Palma. En este lugar se está frente a aquel fantasma impuesto por los grupos «antiderechos» que precisamente instalan a las mujeres que hacen uso de su derecho a decidir en el lugar de «asesinas» o «vulnerables» u «obligadas a abortar» pero nunca como «sujetas de derecho».

Conclusiones

«Las Políticas Públicas no dan cuenta del avance en los DDHH: democracia incompleta».

La Cedaw recoge las demandas y propuestas sobre los derechos sexuales y derechos reproductivos que las feministas y grupos pro derechos han desarrollado por largo tiempo. La Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo 1994), y la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995), han puesto especial énfasis en la relación entre derechos humanos y derechos sexuales y reproductivos, entendidos éstos como el derecho de hombres y mujeres a decidir libremente y tener opciones en lo concerniente a la libertad y seguridad de la persona, sexualidad, derecho a la vida, reproducción, calidad de atención en salud, acceso a la información y otras cuestiones como la privacidad y confidencialidad en la toma de decisiones referidas a la salud sexual y reproductiva; derechos que el Estado tiene la responsabilidad de no transgredir y de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su ejercicio.

Los organismos internacionales han sido persistentes en recomendar al estado chileno revisar la legislación que penaliza el aborto bajo cualquier circunstancia desde largos quince años. Siendo el Comité de DDHH (1999; 2007; 2014) y el comité CEDAW (1999; 2006; 2012) los primeros en intervenir, lo siguieron el

Comité contra la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes, así como el Comité DESC (ambos el 2004), el Comité de los Derechos del niño (2007) y el Consejo de DDHH (2014).

Chile en sí, sobre esta materia –y otras- presenta un caso paradójico: frente a la argumentación para la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, como son los bajos índices en mortalidad materna y bajos casos de mujeres encarceladas por aborta, a diferencia de otros países de la región, esta línea argumentativa se ve dificultada, no presentan un peso en sí mismas desde los datos estadísticos. Ahora bien, esta situación depende en gran medida del poder de agencia de las mujeres, de las estrategias y métodos y, del trabajo de organizaciones feministas para mejorar las condiciones de acceso y servicios para abortar dado el contexto restrictivo. Sin embargo, que una ley que restringe y penaliza el aborto bajo cualquier circunstancia aun esté en peligro la vida de la mujer es un asunto de derechos humanos, salud pública y justicia social.

Las mujeres son expuestas a situaciones que violan sus derechos humanos, no solo cuando se les niega el derecho a decidir, sino también cuando ocurre la declaración forzada y/o el retraso en la atención médica en los hospitales: si se acude al hospital por una urgencia y el personal de salud sospecha de un aborto inducido, estas pueden ser denunciadas a la policía. Esta es una forma de tortura, en virtud de la *Convención contra la tortura* de 1987, ratificada por Chile (septiembre de 1988), que cita en su Artículo 15°: «Todo Estado Parte se asegura de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que ha formulado la declaración».

Frente a ésta situación el Ministerio de Salud el 2009 emanó el Ordinario A/15, normativa para regular la atención oportuna a las mujeres y el resguardo de la confidencialidad. En ella se expresa lo siguiente:

«Aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constituya un tipo penal en la legislación chilena (Art. 342 del Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° ya citado, de la *Convención Contra la Tortura*, así como el derecho esencial de la protección de la salud, asegurado tanto en el artículo 19, número 9 de nuestra Constitución Política, como en el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (art. 12, N°1 y 2, letra d). Con ello también se afecta la garantía constitucional de un justo y racional proceso» (art. 19, N°3).

Recomendaciones y/o propuestas sobre el tema abordado

«... las mujeres históricamente hemos sido alienadas de la comprensión y control de nuestros cuerpos, que ha sido un territorio ocupado por luchas por el poder, temores arquetípicos, violencia, intereses demográficos, preocupaciones ambientales, pero sobre los cuales, poco a poco, estamos retomando el control, haciendo de este territorio nuestra nación, en la medida que mejoramos nuestra ubicación en la sociedad e incrementamos nuestra participación social y política.» (Pitanguy, 1993:56).

Luego de este recorrido por distintos aspectos que intervienen en el resultado de las políticas públicas, queda de manifiesto que su creación está íntimamente ligada a las visiones políticas e ideológicas que están presentes en la sociedad y sus gobernantes, que reflejan la cultura predominante/hegemónica. Sin embargo, las políticas públicas no solo deben depender de las autoridades políticas de los países, estas deben ser el resultado de procesos participativos donde las organizaciones que

producen conocimientos y trabajan en las áreas pertinentes están involucradas en las propuestas, creación, implementación y seguimiento.

Al revisar la norma sanitaria sobre «aborto terapéutico» de 1931, queda manifiesto que esta normativa regulada a través del Código Sanitario positiviza una práctica que sin ser legal era habitual y que, por otro lado, al no ser regulada oficialmente, las mujeres no tenían acceso a los servicios de salud óptimos para esta prestación, lo que generaba morbilidad y mortalidad materna dada las condiciones sociales propias de esa época. Parece importante detenerse en este punto, dado que lo que ocurre en 1989 con la derogación del art. 119, es precisamente lo contrario: la decisión es tomada por un número reducido de personas, que no tenían conocimiento sobre la salud sexual y reproductiva, que carecían de la mirada desde los derechos humanos y sin participación ciudadana, pero sí admitiendo la injerencia de la jerarquía eclesial católica de la época. Claro está que esta situación ocurre en período de dictadura.

El estado de las políticas públicas obedece al contexto social, cultural y político y a las fuerzas políticas-ideológicas de los partidos políticos y grupos de poder presentes en cada sociedad.

Lo anterior queda de manifiesto en el último proceso legislativo (2015-2016) sobre la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales: peligro de vida de la mujer, inviabilidad fetal y embarazo a causa de violación. La línea argumentativa que desarrollaron los grupos «antiderechos» de las mujeres y la escasa cordura mostrada por parte de parlamentarios de derecha, vinculados por cierto a estos grupos, constituyen claramente una manifestación de violencia simbólica hacia este colectivo.

Por otro lado se alude al aborto como un tema valórico con un marcado sesgo religioso, invisibilizando el conocimiento y evidencia científica, la decisión de la ciudadanía (70% aprueba las tres causales), el desarrollo en los derechos humanos, el trabajo de las organizaciones de mujeres y feministas en los derechos sexuales y reproductivos, y los

distintos ámbitos de la ética, donde una de sus premisas es la conexión permanente con la realidad para la construcción de postulados que permiten su constante revisión y contextualización.

Los derechos sexuales y reproductivos en este país son un desafío y una deuda. En Chile se cuenta con la Ley 20.418 (2010) que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de fertilidad, sin embargo, distintos *informes sombra* mencionan las deficiencias en la aplicación de esta normativa: el acceso de parte de jóvenes a la anticoncepción, las barreras para la entrega de la PAE (píldora de anticoncepción de emergencia), la casi nula entrega de información en los consultorios sobre salud sexual y reproductiva son algunas de las falencias. Se considera que para prevenir los abortos es imprescindible contar con un sistema mancomunado que provea de información científica basada en los derechos humanos y con enfoque de género. Es urgente contar con planes y programas de educación sexual —esta responsabilidad ha estado en manos de iniciativas particulares—, que sean de carácter libertario, con la suficiente información para decidir autónomamente de acuerdo a las propias convicciones, es decir, poder ejercer el derecho a decidir de verdad. La educación y la entrega de información son un pilar primordial en la promoción de derechos y en la incidencia para disminuir la tasa de embarazos no planificados. El desarrollo de las acciones de regulación de la fertilidad en el país y en el mundo han tenido en su mayoría un carácter familista y conservador; no es menor entonces que los procesos legislativos y los debates frente al aborto sean de alto impacto social: cada vez que la mujer tenga la opción para decidir sobre su sexualidad y reproducción, sobre su proyecto de vida, la sociedad fije una alarma frente a la autonomía que esta acción implica.

Aquellos que abogan por la libertad de decidir sobre aspectos de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, así como el proyecto de vida, defienden la opción deliberativa para todas las personas respetando la decisión. El aborto libre y autónomo es una práctica que se ha ido fortaleciendo contracorriente —que no es nueva—, frente a una

cultura que niega a las mujeres de sus propios cuerpos, de su sexualidad, de su toma de decisión. En esto la solidaridad entre mujeres juega un papel fundamental y rompe con el mito de que las mujeres siempre están solas y por eso optan por abortar. Abrir el umbral del debate ha sido una premisa durante el último año, el aborto «sin apellidos» habla de la autonomía de las mujeres y de estas como sujetas de derecho. Este es un punto a relevar puesto que, siguiendo el análisis del control, los cuerpos y la capacidad reproductiva de estos ha sido históricamente el límite social impuesto, que se extrapola a otros ámbitos de la vida de las mujeres y niñas.

Ahora bien, esto ocurre en ciertos grupos generalmente feministas o vinculados al feminismo, ¿pero qué pasa con las otras mujeres que no acceden a esta información, que no cuentan con el poder económico suficiente para acceder al servicio, o que están aisladas e insertas en el reducido mundo del rol *mujer/madre* y que sufren con crudeza los cuestionamientos y persecución del entorno cuando toman la decisión? Es fundamental que exista desde la política pública una legislación que garantice la prestación de servicios para interrumpir un embarazo con las condiciones sanitarias y técnicas de calidad para quien opte por esta vía tenga el servicio adecuado.

Las leyes no cambian por sí solas, pero sí marcan un precedente sobre lo que está permitido y lo que no (los límites sociales): es el caso de las leyes punitivas o totalmente restrictivas sobre aborto. Esta legislación no ha reducido la tasa de ocurrencia de esta práctica y menos aún ha bajado la tasa de embarazos no planificados en adolescentes. En 1994, el Instituto Guttmacher publicó un completo análisis de la situación del aborto clandestino en Brasil, Colombia, México, Perú, República Dominicana y Chile, seis países latinoamericanos que suman cerca de la mitad de la población del continente. Este serio y bien documentado análisis permite concluir que penalizar el aborto con prisión, como lo establecen los países de este continente (excepto Cuba), no reduce el número de abortos ilegales anuales que los anticonceptivos en uso no

consiguen detener, aun cuando logre disminuirlo. La represión provoca mayor angustia en la embarazada que no desea que su embarazo llegue a término, mayor número de complicaciones, así como de muertes, y mayor costo de la atención médica (AGI, 1994).

La actual ley que regula la interrupción del embarazo bajo tres causales viene a remendar la situación de desprotección en que ha dejado a un sector de las mujeres por más de veinticinco años: saca a Chile de la lista de seis países que penalizan a las mujeres bajo del «delito de aborto» y reconoce en cierta medida a las mujeres con autonomía para decidir (tercera causal). Sin embargo esta ley debe contar con los estándares mínimos de acuerdo a los sistemas universales en derechos humanos y considerar ampliar la causal «riesgo de vida de la mujer» a «riesgo de salud de la mujer». Incorporar causales económicas-sociales es aún más difícil.

Esta ley tal cual fue presentada alcanza solo al 3% de mujeres que deciden abortar en el país, y si se considera las indicaciones que surgieron del trabajo parlamentario en comisiones, este restringe aún más las facultades de las mujeres para optar a esta prestación.

Recoger la propuesta feminista y de las organizaciones respecto de la Ley marco sobre Derechos sexuales y reproductivos que establece bases normativas para proteger la salud sexual y la salud reproductiva y que refuerza el derecho que tienen las personas –mujeres y hombres- para la toma de decisiones de su vida privada de alto impacto, libres de violencia, coacción o discriminación, es un imperativo, que además permite ampliar el concepto de los derechos y de la sexualidad de las personas.

En Uruguay la ley (2012) se fundamenta a partir de los derechos sexuales y reproductivos: Artículo 1º. (Principios generales) - El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo

I de la Ley N° 18.426, de 1º de diciembre de 2008. La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos.

Ahora bien, esto ocurre en ciertos grupos generalmente feministas o vinculados al feminismo, ¿pero qué pasa con las otras mujeres que no acceden a esta información, que no cuentan con el poder económico suficiente para acceder al servicio, o que están aisladas e insertas en el reducido mundo del rol *mujer/madre* y que sufren con crudeza los cuestionamientos y persecución del entorno cuando toman la decisión? Es fundamental que exista desde la política pública una legislación que garantice la prestación de servicios para interrumpir un embarazo con las condiciones sanitarias y técnicas de calidad para quien opte por esta vía tenga el servicio adecuado.

Las leyes no cambian por sí solas, pero sí marcan un precedente sobre lo que está permitido y lo que no (los límites sociales): es el caso de las leyes punitivas o totalmente restrictivas sobre aborto. Esta legislación no ha reducido la tasa de ocurrencia de esta práctica y menos aún ha bajado la tasa de embarazos no planificados en adolescentes. En 1994, el Instituto Guttmacher publicó un completo análisis de la situación del aborto clandestino en Brasil, Colombia, México, Perú, República Dominicana y Chile, seis países latinoamericanos que suman cerca de la mitad de la población del continente. Este serio y bien documentado análisis permite concluir que penalizar el aborto con prisión, como lo establecen los países de este continente (excepto Cuba), no reduce el número de abortos ilegales anuales que los anticonceptivos en uso no consiguen detener, aun cuando logre disminuirlo. La represión provoca mayor angustia en la embarazada que no desea que su embarazo llegue a término, mayor número de complicaciones, así como de muertes, y mayor costo de la atención médica (AGI, 1994).

La actual ley que regula la interrupción del embarazo bajo tres causales viene a remendar la situación de desprotección en que ha dejado a un sector de las

mujeres por más de veinticinco años: saca a Chile de la lista de seis países que penalizan a las mujeres bajo del «delito de aborto» y reconoce en cierta medida a las mujeres con autonomía para decidir (tercera causal). Sin embargo esta ley debe contar con los estándares mínimos de acuerdo a los sistemas universales en derechos humanos y considerar ampliar la causal «riesgo de vida de la mujer» a «riesgo de salud de la mujer». Incorporar causales económicas-sociales es aún más difícil. Esta ley tal cual fue presentada alcanza solo al 3% de mujeres que deciden abortar en el país, y si se considera las indicaciones que surgieron del trabajo parlamentario en comisiones, este restringe aún más las facultades de las mujeres para optar a esta prestación.

Recoger la propuesta feminista y de las organizaciones respecto de la Ley marco sobre Derechos sexuales y reproductivos que establece bases normativas para proteger la salud sexual y la salud reproductiva y que refuerza el derecho que tienen las personas –mujeres y hombres- para la toma de decisiones de su vida privada de alto impacto, libres de violencia, coacción o discriminación, es un imperativo, que además permite ampliar el concepto de los derechos y de la sexualidad de las personas.

En Uruguay la ley (2012) se fundamenta a partir de los derechos sexuales y reproductivos: Artículo 1º. (Principios generales) - El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I de la Ley Nº 18.426, de 1º de diciembre de 2008. La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos.

ANEXO

Algunos datos más:

En Chile ocurren alrededor de 70.000 abortos anualmente según el Informe Anual de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Trescientas ocho mujeres han sido acusadas por el delito de aborto entre el año 2006 y 2015 según fuentes de la Defensoría pública, con un promedio de edad de veintitrés años y en su mayoría de sectores postergados.

El desarrollo sobre la reproducción humana nos muestra que entre el 50 a 80% de los embriones abortan espontáneamente.

Castoriadis y otros autores que han basado gran parte de su trabajo sobre la condición humana han definido ésta condición en función de cuatro seres (autoreferentes) íntimamente conectados: el cuerpo, la psiquis, el individuo social y el imaginario social, que se interrelacionan y constituyen en la realidad.

El Caso Roe v/s Wade (Texas, 1973) dio origen con su sentencia a la Ley de aborto que rige en algunos estados de ese país. La Corte Suprema estableció que la mujer tiene el derecho a la libre elección de llevar o no a término su embarazo: «derecho a la privacidad o intimidad».

En Cuba la mujer tiene derecho al aborto durante las primeras diez semanas, luego bajo prescripción médica. Esta legislación es excepcional en el continente, y el país cuenta con las menores tasas de mortalidad infantil y materna comparables con Europa.

Bibliografía

American Psychological Association (Mental Health and Abortion)

Link: <http://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/index.aspx>

APROFA. 2008, Documento Final de Consenso Proyecto SAAF "Generación de una Agenda Pública para la Despenalización del Aborto por Indicación Médica en Chile: formación de capacidades para una acción sostenible de instituciones privadas de interés público en aborto terapéutico". Santiago de Chile.

AFLD Articulación Feminista Por la Libertad de Decidir. (2013) "Aportes para la historia del aborto en Chile, homenaje a Teguelda Montreal" Esta es una publicación para el Seminario 'Aborto legal, libre, seguro y gratuito' realizado en octubre de 2013 en el campus occidente de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Santiago de Chile.

BERNÁNDEZ, TERESA. 1990, "El *malestar* silenciado la otra salud mental" Capítulo la contratransferencia basada en el género, Ediciones de las mujeres N° 14 Isis internacional. Santiago de Chile.

BOURDIEU, PIERRE. 2000, "La dominación masculina", Barcelona, Ed. Anagrama. Capítulo 1. Una imagen aumentada.

CASTORIADIS, CORNELIUS. 2007, "La institución de la sociedad imaginaria", Barcelona. Tusquets.

Colegio Médico de Chile AG.

Link: <http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=251>

CORPORACIÓN HUMANAS, Centro regional de derechos Humanos y justicia de Género. 2016, "10 años de discurso y transcurso del estar de las mujeres", Santiago de Chile.

Diccionario de la Lengua I. 2011, Buenos Aires, Edit. Ruy Díaz, primera edición.

Decreto con Fuerza de Ley 725 Diario Oficial de la República de Chile. 31 de enero de 1968

DIDES C., CLAUDIA. 2006. "Abortos al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética", Acta Bioethica, 12.

FERNÁNDEZ, ANA MARÍA. "La Mujer de la ilusión pactos y contratos entre hombres y mujeres", Buenos Aires, Editorial Paidós. Capítulo 3 ¿Historia de la histeria o histeria de la historia?

FOUCAULT, MICHEL. 1991. Las redes del poder, Ed Almagesto, Buenos Aires. El presente es el texto de la conferencia proferida en 1976 en la Facultad de Filosofía de la Universidad del Brasil. Publicado en la revista anarquista 'Barbarie', N4 y 5 en 1981-82, San Salvador de Bahía, Brasil. La traducción del francés al portugués la realizó Ubirajara Reboucas, y la traducción del portugués al castellano la hizo Heloisa Primavera y fue publicada en la revista 'Fahrenheit 450' N1, Bs. As. Diciembre de 1986 (revista publicada por estudiantes de la carrera de Sociología UBA)

LAPLANCHE, JEAN; PORTALIS, JEAN-BERTRAND; LAGACHE, DANIEL 1967. Diccionario de Psicoanálisis, México. Ed Paidós.

Ministro de Salud, Álvaro Erazo Latorre 2009. Ordinario A/15; 1675, del 24 de abril de 2009, dirigido a los Directores de los Servicios de Salud, Santiago de Chile.

OMS. 2012, "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud", segunda edición. Uruguay.

ORTEGA, FRANCISCO. 2006, "Biopoder, biopolítica", en Le dictionnaire du corps, Ediciones del CNRS, Paris.

PALMA, IRMA Y cols. 2015, "Contribución al debate parlamentario en torno al Proyecto de Ley sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales." Presnetación ante Comisión de Salud de la Cámara de Diputados de Chile, FACSO U. de Chile, Santiago de Chile.

PITANGUY, JACQUELINE. 1993, "*Sexualidad y Salud*". ISIS Internacional 2.

SERVENTI-GLEESON, MOLLY, 2010, "Mujeres en las sombras: una historia sobre el aborto en Chile", SIT Study Abroad, Independent Study Proyejt (ISP) Collections, Universidad de Yale, EEUU.

The Alan Guttmacher Institute AGI, 1994, "Aborto clandestino, una realidad latinoamericana", Nueva York; Washington.

VIEL VICUÑA, BENJAMÍN. Julio 2012, "Aborto inducido", Revista Anales, séptima serie. Santiago de Chile.

ZORRILLA, SERGIO. 2008, "Consideraciones bioéticas: el concurso de las interpretaciones en la búsqueda de argumentaciones". Universidad de Santiago de Chile.

¿La aceptación social del “trabajo en la infancia” en la comunidad otavaleña, aumenta la vulnerabilidad de los niños provenientes de estas comunidades de ser víctimas de trata de personas»

*Alexandra Maringuer Pastene**

Resumen

La siguiente tesina analiza la cultura del pueblo indígena kichwa otavaleños enfocándose en sus principales características, poniendo especial atención en la relevancia de la migración en dicha cultura y en como esto se ha convertido en una característica propia de la comunidad kichwa otavaleña. Luego se analizará la relevancia de las actividades formativas y la importancia que tiene el trabajo y la migración para esta cultura, pudiendo esto llevar a los niños, niñas y adolescentes de este pueblo a ser en víctimas del trabajo infantil o finalmente del delito de trata de personas.

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Desde el año 2011 trabaja en la División Jurídica de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile. Tutora tesina: Mayra Feddersen M. Diplomado Derechos Humanos y Políticas Públicas para la Infancia en América Latina y el caribe.

1. Algunas consideraciones sobre el pueblo kichwa-otavaleños:

Los kichwa otavalo son una comunidad indígena que procede de la Provincia de Imbabura, ubicada al norte de Ecuador. Están asentados principalmente en los cantones de Otávalo y Cotacachi. La mayoría de esta población indígena¹ presenta elevados índices de analfabetismo, pobreza y un limitado acceso a servicios básicos. Es una comunidad pluricultural, cuya evidencia es la práctica de la comunicación en dos lenguas: el español y el kichwa.

En sus orígenes se dedicaban exclusivamente a la agricultura. Durante toda la época colonial, la gran mayoría de los kichwa otavaleños vivía en las mismas condiciones de pobreza y trabajo forzado que los demás pueblos indígenas americanos. Sin embargo, existía un pequeño grupo de comunidades kichwa-otavaleñas que «fueron escogidas como las tejedoras de prendas, directamente para la corona española» (Kyle, 2001:89). Se trataba de un grupo reducido que se beneficiaba de un trato especial, que trabajaba extraterritorialmente, dedicándose exclusivamente a la confección de textiles y al comercio de productos de lujo con otros pueblos.

Durante todo el siglo XIX, esta división entre kichwa-otavaleños «agricultores pobres» y «élite privilegiada» se mantuvo constante. Durante las primeras tres décadas, esta producción comercial fue en aumento, y ya para los años 1940, se había convertido en una verdadera economía. La artesanía y el textil eran rubros importantes para los Otavaleños, muchos de los cuales se habían incluso urbanizado.

Debido a estos cambios estructurales en la economía indígena, se produjeron tres categorías dentro del pueblo: por un lado, estaban las comunidades agrícolas; por otro las comunidades tejedoras y, dentro de estas últimas, una comunidad especial, dedicados exclusivamente al comercio.

¹ Alrededor de un 86% de la población se reconoce como indígena

Este aumento en la economía, a través del comercio textil llevó a un grupo de kichwas - otavaleños a emigrar, con el objeto de expandir el comercio.

2. Migración y la consolidación de clases sociales dentro del pueblo kichwa otavalo

La migración transnacional² de los kichwa otavalo, cuya principal característica es el comercio de productos textiles y artesanales, comenzó en la década de los años cuarenta y tuvo como primer destino Colombia; en la década subsiguiente los destinos incluyeron otros países de Latinoamérica y, en los años sesenta y setenta, continuó la migración a países latinoamericanos, como también al norte de América y Europa.

Con esto se diversificó la economía, se ampliaron los mercados y aumentó la producción lo que permitió que muchas familias que habían migrado del país al exterior, en la década de los cuarenta, retornaran a la ciudad de Otavalo y no a sus comunidades indígenas de origen a invertir un pequeño capital, comprando casas, terrenos, montando talleres, fábricas o negocios lo que a la larga permitió un proceso de acumulación de capital (Sarabino, 2007:20).

Hasta mediados de los años ochenta la actividad comercial artesanal emprendida por los kichwa otavalo tuvo un auge importante debido a la apertura de mercados que hicieron los migrantes de este pueblo indígena en Estados Unidos y Canadá. Con ello se consolidó una élite conformada por algunos productores, comerciantes e intermediarios, lo que también llevó a una incursión cada vez mayor de kichwas en la producción y comercialización de productos artesanales.

El objeto de estas migraciones era explorar nuevas oportunidades de trabajo, relaciones comerciales y

² Tal como señala Caicedo (2010), se usa el concepto de migración transnacional de Portes (2005) para denotar que la migración hacia otros países no ha impedido la creación de lazos comunitarios «más allá de las fronteras nacionales, ampliando fronteras étnicas» gracias a un intercambio entre las comunidades de origen y destino, más allá de lo puramente comercial y familiar, y a la «institucionalización de esos lazos a través de las organizaciones».

posibilidades de insertarse en el país al cual migraban. Para acceder a dichos mercados, según el antropólogo David Kyle, los otavaleños «necesitaban acceso a crédito y acceso a los mercados extranjeros, dos recursos interrelacionados que [solamente] las comunidades históricamente más independientes, progresistas [incluidos los otavaleños urbanos] (...) estaban en posición de desarrollar» (Kyle, 2001:98).

«En la actualidad, el sector comercial de Otavalo, se mantiene gracias a la producción manufacturera de mercancías y la comercialización de la misma. Parte de la producción local es comercializada en ciudades de Centro América, Europa y Estados Unidos» (Sarabino, 2007:28).

Lo anterior produjo una «estratificación social intra-étnica», como lo definen los antropólogos para referirse a la existencia de dos clases sociales bien marcadas. Por un lado se encuentra una clase empoderada, con ingresos elevados, con un nivel de educación entre medio y alto, urbana, comerciante de productos artesanales y textiles, conformada sobre todo por inmigrantes transnacionales, empresarios radicados en el extranjero, pero con fuertes vínculos en la provincia de Imbabura, «quienes han sabido manejar los signos y símbolos externos de su identidad para obtener réditos económicos, a través de los lazos de parentesco a nivel de las familias ampliadas» (Sarabino, 2007:28); por otro, una clase muy pobre, con un nivel de educación muy bajo (generalmente analfabetos), rural y basada en una producción agrícola de subsistencia. De esta forma, la migración económica de los kichwa otavaleños, se transformó en parte de la identidad cultural del pueblo.

La migración, en conjunto con el parentesco directo o indirecto, juega un importante rol en la conformación del poder económico. Los kichwa otavaleños, quienes en sus inicios viajaban con su familia nuclear, a medida que iban obteniendo poder económico, volvían a su lugar de origen en búsqueda de mano de obra, emigrando de esta manera un nuevo grupo de otavaleños, quienes en muchas ocasiones han sido explotados por estas elites

económicas, siendo los principales afectados los adolescentes de dicha comunidad.

3. Actividades de formación y trabajo infantil

3.1 Actividades de formación

El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), señala que:

«Tradicionalmente los niños indígenas, en su entorno comunitario, realizan junto a los mayores, ciertas actividades y labores que son fundamentales para la reproducción social de las familias y la comunidad, ya que a través de ellas se transmite el conocimiento tradicional y los niños aprenden a desenvolverse en su medio natural» (IPEC, 2009:5).

Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño, en el artículo 30 establece que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.»

Del mismo modo, el Código de la Niñez y adolescencia de Ecuador, reconoce el trabajo de niños, niñas y adolescentes, estableciendo una edad mínima para todo tipo de trabajo, fijándola en los quince años. Sin embargo, respecto de las actividades formativas, no se aplica la edad mínima a los trabajos considerados como prácticas ancestrales siempre que se reúnan las siguientes condiciones (art. 86):

1. Que respeten el desarrollo físico y psicológico del adolescente, en el sentido de asignárseles solamente tareas acordes con sus capacidades y etapa evolutiva;
2. Que contribuyan a la formación y desarrollo de las destrezas y habilidades del adolescente;

3. Que transmitan valores y normas culturales en armonía con el desarrollo del adolescente; y,
4. Que se desarrollen en el ámbito y beneficio de la comunidad a la que pertenece el adolescente o su familia.

El Convenio sobre la Edad Mínima, de 1973 (N° 138), en su artículo 7 establece:

1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:
 - a) no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo y
 - b) no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.

Lo anterior demuestra, que, en diversos cuerpos normativos, tanto internacionales, como en Ecuador, se reconoce el empleo infantil, siempre y cuando se reúnan ciertas condiciones que aseguren por una parte el interés superior del niño, niña o adolescente³, y en el caso de los niños, niñas y adolescentes indígenas, su derecho a la identidad e interculturalidad⁴.

En el caso de los kichwa otavaleños, este tipo de actividades consideradas como formativas giran en torno a la producción agrícola y artesanal.

El principal objetivo de este tipo de actividades es, como su nombre lo indica, formar al niño para lograr así una transmisión de conocimiento de los modos de vida tradicionales. Es decir, son actividades

integradoras. Ahora bien, este aprendizaje de actividades a través de la integración social implica la adquisición de una moral social determinada. Es a través de estas actividades que el individuo integra la ética del grupo. Entre los kichwa otavaleños, esta ética está plasmada en tres principios fundamentales: el *Ama Kila* (no ser ocioso), *Ama llulla* (no ser mentiroso) y *Ama shua* (no ser ladrón). Los tres principios hacen referencia a la armonía en las relaciones sociales. En el caso de los niños pequeños, cumplir con el *Ama Kila* equivale a realizar las actividades formativas. (García 2009^a: s/p)

Este tipo de actividades, en resumen, tiene una serie de características (Carrere, 2015:8):

- a. Tiene como principal objetivo integrar al niño en el grupo y estas se realizan en el entorno comunitario, (García, 2009^a) más específicamente en el entorno familiar (Caicedo, 2010:179)
- b. **No hay dinero de por medio**, no se trata de una actividad remunerada, sino de un aprendizaje a través del trabajo y de la participación en las actividades económicas del grupo.
- c. Se trata de actividades productivas y culturales tradicionales. Es decir, deben integrarse a la cultura de origen
- d. La participación de niños, niñas y adolescentes en este tipo de actividades permite el traspaso hacia las nuevas generaciones del conocimiento y del saber-hacer de las generaciones anteriores.
- e. Es una actividad de socialización.

3.2 Trabajo infantil

Según la IPEC, el Trabajo Infantil «son actividades ajenas a las practicas productivas y culturales tradicionales y afectan, muchas veces de modo irreversible, el desarrollo físico, psicológico y social de los niños».

«Cuando se hable de trabajo infantil se está haciendo referencia a lo no formativo, a lo que produce daño» (Caicedo, 2010:179).

El trabajo infantil, en la medida en que obstaculice las posibilidades de socialización y adquisición de

³ Interés superior del niño: es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo «interés superior» pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo «declarado derecho»; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser «interés superior» (Cillero, año: 8).

⁴La interculturalidad es inseparable de la cuestión de la identidad: relación simétrica con personas, saberes, sentidos y prácticas culturales distintas, requiere un autoconocimiento de quién es uno, de las identidades propias que se forman y destacan tanto lo propio como las diferencias (UNICEF).

conocimientos, es considerado como una violación a los derechos de niños, niñas y adolescentes por la Convención de Derechos del Niño (Art. 32).

Tal como plantea Caicedo para los kichwa otavaleños:

«El trabajo infantil tiene un arraigo en una tradición que transmite el conocimiento a partir del hacer; comenzar a trabajar marca el tránsito entre la infancia y la adultez y parte de su identidad esta fincada en reconocerse como hijos de *mindalaes*⁵. Pero además es necesario advertir que sólo si todos los integrantes de la familia participan en las faenas productivas y reproductivas es posible garantizar la supervivencia de la unidad familiar». (2010:179)

La autora previamente mencionada, del estudio que realiza respecto de las comunidades kichwa otavaleña radicada en Colombia, refiere la relevancia de que los adolescentes trabajen en dicha cultura:

En primer lugar, entre ellos el aprendizaje de los oficios tanto agrícolas como de confección y comercialización se hace desde temprana edad, a partir de los ocho o nueve años los niños y niñas mientras acompañan al padre o a la madre los apoyan en la actividad que desempeñan. Para el pueblo kichwa otavaleño estas actividades son un valor. Estas actividades, son consideradas por tanto como formativas, ya que no afectan el correcto desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, y, por otro lado, permiten el derecho a la identidad y a la interculturalidad del niño.

En segundo lugar, en cuanto el niño o la niña comienzan a trabajar se considera que deja de serlo. En el caso de los hombres, en cuanto empiezan a ganar dinero, ellos adquieren su independencia o autonomía, esto no pasa en el caso de las niñas, quienes son dependientes hasta que se casan. En

este caso, a diferencia de las actividades mencionadas previamente, existe una dificultad, ya que no se puede considerar como actividad formativa, sin embargo, es una actividad culturalmente aceptada por el pueblo otavaleño y va a depender de las condiciones en que se realice ese trabajo por parte de los adolescentes saber si estas terminan siendo trabajo infantil o incluso trata de personas.

En tercer lugar, vincularse como ayudante o empleado en el comercio o la confección es considerado, sobre todo por los y las adolescentes de las comunidades más pobres, como una oportunidad y más si ésta implica viajar a otro país, pues la expectativa es que fuera de Otavalo, la competencia en el mercado es menor. Para los y las adolescentes aprender a ser *mindalae* es la posibilidad de convertirse en ese sujeto cultural que cada vez tiene más fuerza como horizonte de la realización personal. La presión social es muy alta: quienes no tienen dinero, no han viajado o no demuestren que triunfaron como migrantes son mirados como poca cosa.

Para los adolescentes que no pertenecen a las familias comerciantes, de tradición agrícola o sin recursos propios las únicas posibilidades de alcanzar el sueño otavaleño es como migrante laboral.

4. Algunas consideraciones sobre el delito de trata de personas:

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también es conocido como Protocolo de Palermo. En virtud de este instrumento, el Estado se obliga a prevenir el delito de Trata de Personas, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas.

El mismo define en su artículo tercero la trata de personas:

⁵ Franck Salomon (1980:164) denominó al grupo de elite especialista en los kichwa otavaleños como los *mindalaes*, tal como se denominaban a los antiguos comerciantes incas.

a) Por trata de personas, se entenderá la captación, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, **al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad**, o a la concesión o recepción del pago o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) **La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación** se considerará “trata de personas” incluso cuando se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.»

A su vez, la Convención Internacional de Derechos del niño, establece que los Estados partes deben, entre otras:

«Terminar con el maltrato, el trabajo infantil y cualquier otra forma de explotación.»

La Trata de Personas es considerada como la esclavitud del siglo XXI en el mundo globalizado actual, siendo la tercera actividad delictiva más rentable luego del narcotráfico y la venta ilegal de armas, con una facturación aproximada de 12 millones de dólares por año. Este es un fenómeno que afecta a todas las regiones y a la mayoría de los países del mundo, y aunque las rutas utilizadas por los tratantes pueden cambiar, la trata de personas presupone invariablemente el traslado de un país más pobre a otro más rico. Por involucrar el traslado

de personas de un lugar a otro, coincide con el tráfico de migrantes, sin embargo, a la trata se suman la explotación y la coacción. Los instrumentos internacionales las han regulado separadamente.

La explotación puede ser sexual (prostitución forzada, pornografía, turismo sexual, matrimonios serviles, pedofilia); **laboral (fábricas, minas, trabajos agrícolas, plantaciones, pesca submarina, etc.)**; militar (soldados cautivos, niños soldados.); trata para servidumbre (mendicidad) y **prácticas esclavistas** (trabajo doméstico, embarazos forzados, vientres de alquiler).

En relación, a la explotación laboral, se entienden dentro de esta categoría los trabajos forzados y las servidumbres por deudas.

4.1 Trabajos forzados

Según la convención sobre trabajos forzados de la OIT estos se definen como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo **bajo amenaza de una pena** cualquiera y para el cual dicho individuo **no se ofrece voluntariamente**».

La expresión *todo trabajo* abarca todos los tipos de empleo por lo que la naturaleza o la legalidad de la relación laboral es irrelevante.

Cuando se refiere a un individuo, incluye tanto a los adultos como a los niños, nacional, extranjero o en condición legal o ilegal de un trabajador migrante.

Es importante destacar que «amenaza de una pena cualquiera» no se refiere solo a una sanción penal, sino que también a **apremios ejercidos por particulares**. Asimismo, cuando se refiere a «falta de oferta voluntaria» no solo se refiere a cuando la víctima es obligada coactivamente a realizar una labor sino que también a aquellos casos donde **la voluntad se encuentra viciada ya sea porque la víctima es engañada o se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto de su agresor**. La cuestión clave es que el trabajador debe ser libre para poner término a la relación contractual sin perder por ello sus derechos.

Este tipo de trata de personas impone condiciones laborales degradantes que cosifican al ser humano, llegándolo a convertir en un objeto de compraventa, negándoles a las víctimas la posibilidad de tener un trabajo digno.

Se considera que se atenta fundamentalmente contra la libertad e indemnidad laboral de las víctimas pudiendo incluso conservar la libertad ambulatoria y otros ámbitos de su personalidad. De esta forma, que una víctima conserve su libertad ambulatoria, no parece un argumento válido para descartar la concurrencia del delito.

4.2 Servidumbre

La OIT señala que se trata de una situación que se da «cuando una persona pasa a ser la garantía o fianza de un préstamo. Esta situación es limítrofe entre el trabajo forzoso y la esclavitud ya que, el individuo trabaja parcial o exclusivamente para reembolsar una deuda que ha contraído».

Se considera que se atenta fundamentalmente contra la libertad e indemnidad laboral de las víctimas pudiendo incluso conservar la libertad ambulatoria y otros ámbitos de su personalidad.

Desde una perspectiva dogmática la servidumbre se define como: «Es un estado o condición de dependencia de una persona a la que otra persona obliga sin justificación a prestar cualquier servicio y que crea razonablemente que no tiene otra alternativa que la de prestar el servicio» (Figueroa, 2013).

- Servidumbre por deudas: prestar servicios personales como garantía de una deuda
- Servidumbre de gleba: obligación por ley, costumbre o acuerdo a vivir y trabajar para otra persona y prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.

5. Trata de personas cometidos contra víctimas niños, niñas y adolescentes kichwa otavaleños:

En relación a los niños, niñas y adolescentes víctimas de este delito, provienen, principalmente, aunque no exclusivamente, de sectores empobrecidos y entornos donde la vulneración de derechos es asunto cotidiano. Esta situación es utilizada por **las y los captadores** quienes, generando un clima de cercanía, seguridad y, sobre todo, unos mundos de ensueño les engañan, valiéndose de la precariedad de sus condiciones de vida, de la desinformación y del legítimo deseo de las personas de tener nuevas, rápidas y mágicas oportunidades para cambiar su vida (Retuerto, 2010:119).

En el caso de las comunidades kichwa otavaleñas, en el estudio *Diagnóstico sobre la trata de personas en los cantones Otavalo y Cotacachi, Provincia de Imbabura* realizado por la Organización Mundial para las Migraciones, y la Facultad de Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador, en el año 2012, existen bajas denuncias en la Provincia de Imbabura, las principales causas para que no se denuncie este delito tiene que ver con las características de la población afectada, ya que es población indígena, con bajos niveles de instrucción, altas tasas de pobreza y que viven en zonas de difícil acceso, alejadas de los centros urbanos donde están las entidades públicas que pueden receptor dichas denuncias.

Según el mismo estudio, la modalidad de la trata que afecta más a los cantones de Otavalo y Cotacachi es la que se vincula a la **explotación laboral en el exterior**. La población afectada son los niños, niñas y adolescentes (NNA) kichwa otavalo, tanto hombres como mujeres cuyos hogares tienen disfunciones familiares, que viven en comunidades indígenas pobres y con altos niveles de analfabetismo. Los agentes reclutadores son personas cercanas e incluso familiares de las víctimas, por lo que obtienen con facilidad las autorizaciones de salida del país de los y las NNA de sus propios padres. **El perfil de los tratantes corresponde a indígenas urbanos que**

cuentan con una buena situación económica, fruto de su actividad comercial en el extranjero, con mayores niveles de educación y que viajan regularmente a otros países por motivos económicos. Precisamente, los destinos donde se llevan a las víctimas fuera del país son los **mismos que los lugares donde se comercializan las artesanías y textiles** de los kichwa otavalo. De esta manera, dentro de la región andina, se ha mencionado como destino Bogotá y Cali en Colombia; en Chile no se ha especificado una ciudad o localidad de destino; y, en Brasil, se ha indicado a Sao Paulo. En Europa, los países donde se trasladaría a las víctimas de trata son Bélgica, España y Suiza.

5.1 Casos de trata de personas con niños, niñas y adolescentes en Chile

En Chile, desde la promulgación de la ley 20.507, el 8 de abril de 2011, que tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas, existen tres casos formalizados, con cinco víctimas adolescentes de nacionalidad ecuatoriana, provenientes del cantón de Otavalo.

En todos los casos, los adolescentes provienen de familias de escasos recursos, siendo captados por connacionales exitosos dentro del círculo de los kichwa otavaleños, quienes les ofrecen a sus padres, traerlos a trabajar al país con una oferta económica. Los adolescentes ven esto como una oportunidad, al llegar al país, son obligados a trabajar por largas jornadas, sin descanso, sin posibilidad de acceder a la escuela o al sistema de salud, manteniéndolos en situación migratoria irregular.

Dos de los casos, se encuentran con investigación vigente y uno con realización de juicio oral pendiente⁶.

6. Políticas públicas para erradicar el trabajo infantil de las comunidades otavaleñas

Del diagnóstico realizado en el año 2012, por la OIM y Flasco Ecuador, se constata que en Otavalo y Cotacachi cuentan con un Centro de Protección de Derechos (CPD) que se inscribe en el Programa de Protección Especial del MIES-INFA y que coordina su trabajo con los CCNA. Los CPD tienen como objetivo garantizar acciones para restituir los derechos cuando estos han sido violentados por diferentes causas, entre ellas: la violencia en sus diversas dimensiones físicas, psicológicas y sexuales, trabajo infantil, abuso, explotación sexual y laboral, trata y tráfico.

El CPD de Otavalo se encuentra funcionando desde agosto de 2008 y ha realizado acciones específicamente de prevención, garantía y restitución de los derechos de la NNA. En el tema de prevención se ha trabajado con algunas comunidades, en las que se han dado talleres de sensibilización sobre el delito de la trata a padres de familia, coordinando el trabajo con los dirigentes de las comunidades.

Adicionalmente, el CPD ha socializado acerca de la problemática de la trata a nivel de establecimientos educativos, en asambleas parroquiales y cantonales, sin embargo, existe la percepción de que el trabajo con Juntas Parroquiales y con Tenientes Políticos, no se ha reproducido entre la población de las comunidades

Dentro de la Mesa de Movilidad Humana de Imbabura se conformó en diciembre del 2011 el Área de trabajo en contra de la trata de personas, que actualmente está liderada por el Gobierno Provincial. Este espacio ha realizado una serie de reuniones encaminadas principalmente al tema de la prevención de la trata de personas a través del trabajo conjunto en campañas comunicacionales. De igual manera, dentro del marco del Convenio que mantiene OIM con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Otavalo desde noviembre del 2011, con el fin de crear un Plan Cantonal contra la Trata de Personas, se está trabajando con la Mesa de Movilidad Humana la

⁶ Causas RUC 1501187324-0 Fiscalía de Pírral; RUC 1400678167-6 Fiscalía Centro Norte; RUC 1300269504-3 Fiscalía de Punta Arenas.

elaboración de una hoja de ruta para el cantón que pueda permitir una mejor coordinación de actividades entre las entidades públicas y privadas para el combate a la trata de personas, ya sea desde el ámbito de la prevención, así como de los ámbitos de sanción y protección.

Conclusiones

La población indígena kichwa otavaleña está conformada por un grupo de familias, las cuales, a través de los años, se han estratificado en grupos o clases sociales, distinguiéndose de este modo: los agrícolas, quienes generalmente no migran, dedicándose exclusivamente a la tierra, y que son quienes viven en condiciones de pobreza y aquellos que migran, con el objeto de alcanzar nuevos horizontes y aprovechar las ventajas económicas, esto principalmente a través del comercio de artesanías. Dentro de este grupo, existen dos subgrupos: aquellos migran para ejercer el comercio, sin lograr mayores logros económicos, y aquellos que logran alcanzar el éxito económico deseado, conociéndoseles como los *mindalaés*.

Esta consolidación económica se ha dado principalmente por tres factores: las migraciones a diversos países del mundo, los lazos de parentesco y la conformación de redes familiares, transformándose así la migración en una característica propia de la cultura del pueblo kichwa otavaleño.

Las relaciones de poder al interior de los kichwa otavaleños no son horizontales, de hecho, no ha sido únicamente por la exportación y comercialización de productos artesanales que se ha logrado el éxito económico, sino también, por la explotación que se ha dado en muchos de estos casos a los obreros (también de la comunidad) quienes migran con el objeto de poder obtener el mismo éxito económico que pudo alcanzar esta elite.

Del mismo modo, al crearse esta elite económica, conformada por los primeros migrantes de la comunidad, quienes logran obtener el éxito en el

extranjero, se produce en la comunidad y, sobre todo en los adolescentes, una ilusión de alcanzar el éxito económico, siendo la migración la forma de obtenerlo.

Lo anterior, en conjunto con la importancia que tiene el trabajo para los niños, niñas y adolescentes, en donde el mismo, se entiende como aquellas actividades que promueven valores, siendo generalmente realizadas en conjunto a sus padres, lo que permite el traspaso, hacia las nuevas generaciones, del conocimiento y del saber-hacer de las generaciones anteriores, y que en conclusión integran al niño, niña o adolescente en la comunidad; han permitido que muchos jóvenes, adolescentes, que no pertenecen a las familias comerciantes, de tradición agrícola, ver como única posibilidad de alcanzar el sueño otavaleño, la migración laboral.

En relación a lo anterior, tanto la legislación, como la propia cultura permiten el trabajo adolescente. En el caso de la legislación, la permite cumpliendo ciertos requisitos, que básicamente tienen relación con la integridad del adolescente y de su proceso formativo, no pudiendo este trabajo menoscabar su propio desarrollo como niño, niña o adolescente, y considerándose más bien una práctica que ayuda al desarrollo del mismo. Por su parte, la propia cultura otavaleña, permite las actividades consideradas de formación y el trabajo por parte de los adolescentes, pues es propio y necesario en su cultura ya que desde corta edad comienzan a vincularse en lo que posteriormente los llevará a ser un adulto integral, siendo el trabajo esencial para poder lograrlo.

En los casos revisados para la realización de este documento, así como de las investigaciones realizadas en las comunidades kichwa otavaleñas, se puede establecer claramente que los jóvenes migran con el propósito de obtener los recursos económicos que no consiguen en su comunidad de origen; al mismo tiempo, la concepción de viajar y comercializar con textiles y artesanías en el exterior, representa un distintivo identitario para los kichwa otavaleños, y es una forma de lograr *status* y reconocimiento social. Por su parte, el perfil de quienes les ofrecen nuevas expectativas, y quienes

los invitan a migrar, son familiares o amigos cercanos de los padres de estos jóvenes, con lo cual logran las autorizaciones legales correspondientes para llevarlos fuera del país, siendo generalmente estas personas kichwas otavaleños que han logrado algún tipo de éxito económico fuera del país a través de la comercialización de artesanías. Posteriormente al llegar al lugar de destino, estos jóvenes se encuentran frente a condiciones laborales distintas a las ofrecidas, terminando en muchos casos explotados laboralmente y siendo víctimas del delito de trata laboral.

Este fenómeno, que se da dentro de la cultura kichwa otavaleña, no es desconocido y ya se ha venido estudiando por las organizaciones que se preocupan de la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente en Ecuador, sin embargo, aún el fenómeno es difícil de detectar ya que muchas de estas prácticas se encuentran validadas por la propia cultura, siendo muy delgado el límite entre lo que constituye una actividad formativa o una oportunidad de trabajo, con el trabajo infantil y finalmente con la trata de personas. Es tan delgado el límite entre lo culturalmente aceptado, y el trabajo infantil, que es difícil aseverar, por sí sola, que la aceptación cultural

del pueblo kichwa otavaleño del «trabajo en la infancia» permite que los niños, niñas y adolescentes ser más vulnerables como víctimas de trata de personas. En este linde tan delgado se puede establecer que quienes son más pobres económicamente, y que por tanto generalmente tienen menos educación, [lo que es transversal en toda sociedad] son más vulnerables a ser víctimas de trata de personas. Por tanto, se podría aseverar que la situación de pobreza, en conjunto con la aceptación del trabajo en la infancia, producen en los adolescentes otavaleños una situación especial de vulnerabilidad que los podría llevar finalmente a ser víctimas de trata de personas.

Las políticas públicas al respecto no han sido capaces de abordar realmente el problema. Por eso es necesario que se aborde esta situación con políticas locales dentro de las propias comunidades y sensibilizar a los niños, niñas, adolescentes y a los padres de los mismos sobre este tipo de delito. A su vez se debe concientizar respecto de los derechos laborales que tiene toda persona y qué condiciones debe cumplir este para que sea un trabajo que respete los derechos y el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

Araya Denise, Retuerto Iria. *Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes*. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata de internacional en Chile. UNICEF.

Caicedo, Luz Piedad. 2010. *Los Kichwa-Otavalo en Bogotá*. En Alicia Torres (ed.), *Niñez indígena en migración: derechos en riesgo y traumas culturales*. Flacso-Ecuador, Quito.

Carrere, Cristian. 2015. *Informe pericial antropológico, en causa penal RUC 13000269504-3*, encargado por los querellantes Ministerio del Interior y Seguridad Pública e Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago-Chile.

Cillero, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño*. Unicef.

Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador

Coloma, Soledad. 2012. *Diagnóstico sobre la trata de personas en los cantones Otavalo y Cotacachi, provincia de Imbabura*. OIM / FLACSO.

Duro, Elena. *Enfoque integral de Derechos y Trabajo Infantil Oportunidad y Desafíos*. UNICEF.

Figueroa Ulda, Arias Emiliano. 2013. *Concepto de trabajos forzados, servidumbres y esclavitud, en el tipo penal del artículo 411 quater del Código Penal chileno y bienes jurídicos protegidos por estas modalidades de trata de personas* Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 55. Santiago- Chile.

García, Fernando. 2009a. *El trabajo infantil indígena: algunas reflexiones*. En Actuar en Mundos Plurales, Boletín electrónico del Programa de Políticas Públicas de Flacso Ecuador, n°4.

Kyle, David, 2001 *La diáspora del comercio otavaleño: Capital social y empresa transnacional*, en *Debate*, n° . 54.

Maldonado Ruiz, Gina. 2002. *Pasado y presente de los mindaláes y emigrantes Otavalos*. En *Iconos*, Revista de Flacso-Ecuador, n°14.

OIM. 2013. *Agenda cantonal para la prevención y sanción de la trata de personas y protección integral a las víctimas, 2013- 2015: cantón Otavalo*. Ecuador, OIM.

ONU. 2009. *Convención Sobre los derechos del Niño*.

ONU. 2009. *Comité de los derechos del Niño. Observación n°11 Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*.

OIT. 1989. *Convenio 169 Sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes*.

Sarabino, Zolia. 2007 *El proceso de constitución de las élites indígenas en la ciudad de Otavalo*. FLACSO. Quito-Ecuador.

Salomon, Frank. 1973. *Weavers of Otavalo*. En Daniel R. Gross (ed.), *Peoples and Cultures of Native South America*. Nueva York: Doubleday – The Natural History Press.

Torres, Alicia. 2005. De Punyaro a Sabadell... *la emigración kichwa otavalo a Cataluña*. En Gioconda Herrera, María Cristina Carrillo y Alicia Torres (eds.), *La migración ecuatoriana: transnacionalismo, redes e identidades*. Flacso-Ecuador, Quito.

----- 2008. Introducción". En Alicia Torres (ed.), *Niñez indígena en migración: derechos en riesgo y traumas culturales*. Flacso-Ecuador, Quito.

El Patrimonio cultural Indígena. Aproximación conceptual para la enseñanza de los Derechos de los Pueblos Indígenas

*Carolina Maturana Ibáñez**

Resumen

La comunicación que se presenta a continuación tiene como propósito problematizar la formación de las ciudadanías activas en las Sociedades del Conocimiento favoreciendo la incorporación de memorias culturales marginadas del relato patrimonial nacional. Se analizará el tratamiento disciplinar dado en Chile a la triada etnicidad, memorias indígenas y Derechos de los Pueblos para generar orientaciones disciplinares y didácticas que faciliten la enseñanza de los Derechos Humanos, a través del Patrimonio Cultural, en espacios educativos formales de niños y niñas del segundo ciclo de enseñanza básica.

* Profesora de Historia y Ciencias Sociales por la Universidad de Valparaíso. Docente en el Colegio Winterhill de Viña del Mar y de coinvestigadora en el Centro de Estudios e Investigación Pedagógica de la Universidad de Valparaíso. Tutora tesina: Graciela Alejandra Rubio. Diplomado Derechos Humanos, Pedagogía de la Memoria y Políticas Culturales 2015-2016.

Aspectos Formales de la investigación

Objetivo General

- El objetivo general de esta investigación será proponer orientaciones disciplinares y pedagógicas en torno al campo de Patrimonio Cultural para la enseñanza de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en espera de contribuir a la formación de ciudadanías activas en la escuela.

Objetivos específicos

- Definir los aspectos socio-culturales de las Sociedades del Conocimiento que fundamentan el uso del Patrimonio Cultural Indígena para el aprendizaje de los Derechos de los Pueblos.
- Analizar el tratamiento disciplinario de las nociones de *memoria*, *Patrimonio Cultural Indígena*, *Ciudadanía* y *Derechos Humanos* presente en los enfoques comprensivos de diversidad cultural (multiculturalidad e interculturalidad).
- Establecer orientaciones de enseñanza que promuevan el uso de Patrimonio Cultural Indígena para la enseñanza de Derechos de los Pueblos en el segundo ciclo de enseñanza básica del subsector de Historia, Geografía y Ciencias Sociales.

Metodología

La propuesta de investigación en curso propone el diálogo permanente entre las matrices disciplinarias derivadas de las Ciencias Sociales que definen, promueven y evalúan la memoria étnica, el patrimonio cultural indígena y los Derechos de los Pueblos como categorías relevantes para el ejercicio de las ciudadanías activas en la era informacional. En tal caso se propone una metodología cualitativa que permita rastrear en el uso de fuentes secundarias, los conceptos jerarquizados en la formulación de nuestra problemática y en su derivado

marco hipotético, que para los efectos de esta propuesta, se centrará en: ¿cuáles son las orientaciones didácticas del Patrimonio Cultural Indígena que permiten la enseñanza de los Derechos Humanos de tercera generación para favorecer las ciudadanías activas en las Sociedades del conocimiento?

A modo de hipótesis inicial se reconoce una dinámica relación entre Derechos Humanos de tercera generación y el Patrimonio Cultural específico de los pueblos indígenas, respaldada tanto por las normativas internacionales vigentes en el área de DD. HH, ONU, Educación, Cultura y UNESCO, como por la implementación paulatina de políticas públicas multisectoriales de carácter nacional e iniciativas locales de educación intercultural con uso de Patrimonio Cultural. En este sentido, se identifica el potencial formativo de los artefactos de memoria étnica (patrimonio) por encontrarse vinculados a las representaciones simbólicas de las pertenencias y las narrativas colectivas, entendiéndose como articulador de las experiencias sociales del pasado y el futuro de estos grupos, favoreciendo una actualización efectiva de las oportunidades y desafíos existentes en el campo de los Derechos Humanos dentro de las escuelas.

La aplicabilidad a escala local de estas nuevas realidades humanitarias requiere de acciones concretas en favor del conocimiento, valoración, protección y promoción de los Derechos Humanos impulsados por una agenda ciudadana activa (diálogo permanente entre instituciones públicas y privadas, y civiles) con el objetivo de fortalecer las prácticas democráticas y desarrollar capacidades éticas que posicionan en el presente, una alta carga empática sobre los sujetos que han contribuido a la construcción de la nación desde otros proyectos culturales. Para efecto de lo anterior, se propone un ejercicio didáctico que potencie la enseñanza de los Derechos Humanos de los pueblos a través del Patrimonio cultural indígena (PCI) de modo que las memorias étnicas surjan en la esfera educacional desde el conocimiento, la valoración y protección, no

solo por los agentes vinculados a éstas membresías, sino también a la sociedad civil en su conjunto.

En lo central, el planteamiento considera la confección de una matriz didáctica desde tres ejes metodológicos orientadores:

- i. Contextualización del ejercicio de enseñanza.
- ii. Enfoque disciplinar y marco conceptual (tratamiento a las nociones disciplinares).
- iii. Aspectos procedimentales que consideran el marco curricular vigente para el segundo ciclo de enseñanza básica y que permitan la viabilidad de una didáctica específica del Patrimonio Cultural Indígena para la enseñanza de la ciudadanía activa.

III.- Contextualización del problema

Las transformaciones socio-históricas acontecidas desde la segunda mitad del Siglo XX parecen moldear en la escena global una nueva forma de comprender la modernidad. En términos generales se suscribe a la combinación de una aceleración de la historia, una retracción del espacio y de una individualización de los destinos (Auge, 2000:59). Asimismo, prevalece un interés inusitado por las narrativas sobre el pasado, las culturas y las identidades, que busca recodificar las experiencias colectivas futuras desde otros caminos, métodos, teorías y sujetos, en coherencia a una actualización de los paradigmas occidentales de la modernización.

Los procesos de globalización, en tanto fenómeno socio-económico, político y cultural, pueden ser caracterizados por:

- i. La relativización de las fronteras nacionales en concordancia con las redes de intercambio económico, cultural y social que, a pesar de las distancias, se han desarrollado en torno a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Tics).
- ii. Una creciente interconexión entre los asuntos políticos y económicos a escala global que paulatinamente han desplazado al Estado nacional como unidad exclusiva de interacción social y

comunicación (superpuesta en una matriz neoliberal), logrando transformar las formas convencionales de relación con el tiempo y el espacio (Beck: 2007).

- iii. La disociación entre la memoria oficial y los perfiles identitarios producidos en el marco de la cultural nacional (singular), produciendo así una rearticulación de los segmentos dinámicos de la sociedad silenciados por largas trayectorias históricas con el propósito de elaborar una gramática de sociabilidad que reconoce a los «otros» como sujetos de «intereses válidos, valores pertinentes y demandas legítimas» (García Canclini, 1995: 20).
- iv. Las transformaciones en el ámbito cultural ponen de manifiesto nuevos desafíos para los procesos educativos. La educación puede ser un instrumento de concientización facilitando el tránsito entre una sociedad informacional y una sociedad del conocimiento desde la promoción de inteligencias múltiples presente en el principio pedagógico de «educar para la vida», es decir, una alfabetización cultural más exigente desde el saber hacer, saber ser y el saber-saber (Sacristán, 2001:130).

En suma, la condición globalizadora adquiere particularidades según el ámbito de análisis: si bien constituye un conjunto de estrategias económicas transnacionales -lógica del capitalismo tardío- que tienen por objetivo subordinar los procesos de intercambio, el Estado Nacional no logra posicionarse frente al vaciado de la soberanía política-cultural, son a su vez, también, un horizonte de posibilidades para los agentes colectivos e individuales que reinterpretan su ubicación geopolítica en el actual sistema-mundo, lo cual se traduce en acciones ciudadanas estratégicas que podrían fortalecer los procesos democráticos desde otras dimensiones del espacio público en el Siglo XXI.

En lo específico de nuestra problemática, resulta crucial comprender el ascenso de la *cuestión indígena*¹ a escala nacional frente a la

¹ Comprende los procesos históricos de *ruptura y retorno* de cierta conciencia étnica por parte de las comunidades indígenas que les ha permitido posicionar nuevamente una «agenda política de reivindicaciones en materia constitucional, derecho a territorio, autonomía política y protección jurídica de sus derechos como pueblos indígenas» (Aylwin: 2007).

reestructuración neoliberal del Estado y las lógicas sociales y culturales derivadas del escenario globalizador, lo cual ha derivado en el cuestionamiento abierto al proyecto *nación* (el «nosotros»). La posición dialéctica de la etnicidad en los procesos de construcción de la nación - inclusión/exclusión- dejan entre ver el secreto mejor guardado por esta matriz cultural: constituir una invención sociohistórica de lo «común/pertenencia», modificable bajo ciertas circunstancias históricas e intereses particulares de sus miembros. Anderson (2005) respalda esta línea argumentativa, al definir nación como: «una comunidad política imaginada como inherentemente limitada y soberana», es decir, como producto de una invención histórica en la cual las comunidades imaginan a sus pares a través de mecanismos de representación en un tiempo y espacio definido (delimitación territorial, lengua, historias nacionales, patrimonio cultural, narrativas literarias, cinematográficas, etc.) para sostener ciertas garantías de seguridad, libertad y pertenencia.

De acuerdo con lo observado en la literatura especializada, la naturaleza histórica de la nación permite examinar el ordenamiento de las diferencias culturales a lo largo del tiempo. La génesis de las identidades nacionales durante el Siglo XIX representa una continuidad de los rasgos inaugurados en el periodo colonial a través de la razón étnica-racial, es decir, en relación *al otro*, al indígena. La formulación de rasgos homogeneizadores –consenso político y social- se enlazan en la pretensión de participar en el concierto internacional capitalista, que como es sabido, no otorga a todos sus miembros las mismas facultades y beneficios. El *progreso* como metaconcepto que abarca la temporalidad cultural, la técnica y las ciencias, situará a las comunidades indígenas como responsables del retraso estructural de las naciones periféricas, quienes buscarán cada vez más adquirir los rasgos culturales «civilizatorios» que promueven los países centrales de Europa occidental. Operará entonces una noción de etnicidad negativa centrada en el binarismo civilización/barbarie, implicándose más allá del campo cultural, como resultado del

ordenamiento social, y sobre la distribución de las riquezas.

En relación a lo anterior, se imprimen dramáticas imágenes en materia de exclusión durante este siglo, tales como fueron: desplazamientos forzados y masivos de las comunidades indígenas asentadas a lo largo y ancho del territorio (incluyendo las planicies andinas recientemente incorporadas en el contexto de la guerra del Salitre), exterminio físico y cultural de los grupos trashumantes que habitaban la Patagonia y reconversión final del indígena en mano de obra campesina. Un cambio significativo se logra expresar en los primeros años del Siglo XX, donde se presentarán dinámicas esperanzadoras en lo que refiere inclusión étnica que son explicables mediante las transformaciones que vive el país en el paso de un Estado oligárquico-monoexportador a uno del tipo desarrollista-protoindustrial, lo cual refresca coyunturalmente la situación de las minorías étnica, con el surgimiento del movimiento indigenista.

Para José Bengoa esta corriente logró visibilizar en el espacio público «la denuncia, la explotación del indio y propone políticas humanitarias para superar su marginalidad (...) supone la necesidad de aculturación, la pérdida de valores y sistemas de vida tradicionales, en especial el idioma, y busca la integración de las comunidades indígenas a las sociedades criollas» (Bengoa, 2000:15). Sin embargo, la mediación se encuentra protagonizada por actores sociales –civiles no indígenas- que buscan la inclusión de los grupos étnicos en el proyecto nacional bajo notorios rasgos paternalistas (matrices rousseulianas/buen indio) que terminan en la anulación de las diferencias para alcanzar una limitada igualdad, resultando de esta negociación dispar la materialización del tópico de mestizaje en el proyecto de reforma agraria² y en acciones

² Cabe considerar que este programa –parte central de la Alianza para el Progreso impulsada por EE.UU en respuesta a la interpretación de las causas de la Revolución Cubana, por tanto como medida preventiva- buscaban desconcentrar de las manos de la oligarquía terrateniente las grandes proporciones de tierras en las zonas rurales a través de la justa distribución de la propiedad. El lema «la tierra para quien la trabaja» mantiene sobre el indígena la noción de campesinado y no reconoce la organización étnico-cultural de estos grupos al entregar tierras parceladas de forma individual sin considerar la propiedad colectiva.

legislativas realizadas desde los años 90 en adelante (creación de la CONADI, ley indígena).

El periodo sufre un interesante vuelco frente a una nueva ola de reivindicación indígena, esta vez dotado de un carácter propio (voz subalterna). Se logran conceptualizar los procesos de despojo histórico de tierras y la riqueza cultural, la frustración ante los procesos de reforma agraria, la insatisfacción de las leyes indigenistas, las amenazas y oportunidades³ que significan los procesos de globalización y la transnacionalización de los derechos. Los propios indígenas y su intelectualidad, se convierten en actores políticos relevantes de los asuntos étnicos a escala nacional, regional y mundial. Las demandas actuales (en relación a lo expuesto), pretenden el reconocimiento de las diferencias para superar las desigualdades estructurales a las que han sido sometidos a lo largo de los siglos. De igual manera, favorecen el ejercicio participativo ciudadano de las minorías en la construcción de una nación plurinacional, basado en las garantías vigentes en materia de Derechos Humanos. Esto posiciona a las comunidades indígenas como organizaciones políticas válidas en la negociación de sentidos.

Los Organismos internacionales cumplen un rol destacado en la promoción de las normativas vigentes (tratados, convenios y compromisos en materia humanitaria) y en la protección de los sujetos vulnerados de sus derechos, lo cual ha reactivado una agenda específica para el mundo indígena en la materia: iniciadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1976), Relatorías especiales (1982), Convenio 169 de la OIT (1989) y la Declaración de Derechos de las minorías (1992); en suma, permitieron en el año 2007 que la Asamblea General de Naciones Unidas

aprobara la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴ (2007).

Cabe destacar que, a pesar de contar con la vigencia de un edificio jurídico para abordar la situación de los grupos indígenas, sigue existiendo una deuda epistemológica con la adecuación de las declaratorias en materia de DDHH, lo cual no apunta a lo esencial, vale decir, crear derechos especiales para las comunidades étnicas. La dificultad se encontraría en modernizar los mecanismos de administración e implementación de los pactos internacionales, tales como son las políticas públicas nacionales que promueven, protegen y fiscalizan el cumplimiento de los Derechos de los pueblos en los distintos ámbitos de la vida social, siendo primordial acercar estas realidades humanitarias a la escuela, de forma que los y las estudiantes logren experimentar, vivenciar y empatizar con los contextos sociales particulares de estos grupos, asumiendo las diferencias culturales como factor positivo para las mejoras de las prácticas democráticas.

Con todo, en su conjunto, la relación de los discursos de etnicidad y de los Derechos de los Pueblos indígenas se enmarca diferenciadamente en los enfoques de *multiculturalismo* e *interculturalismo* presentes en la esfera pública. Por lo cual, la estrategia interpretativa que adquiera la «etnicidad» será relacional al campo de la memoria étnica y sus testimonios-patrimoniales⁵. Los repertorios patrimoniales podrían figurar tanto «como un catalizador de la emergencia indígena, como una puesta en valor de los bienes simbólicos de una zona indígena o como eje central de los procesos de identificación» (Alegría, 2014:106).

³ En relación a las amenazas han sido significativos los conflictos socioambientales vivenciados por los grupos indígenas de Chile, tales como: sequías prolongadas por proyectos de explotación minera, forestales, hidroeléctricos; marginación económica-política del mundo indígena en los tratados de libre comercio, genocidio cultural, etnocidios, etc.

⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

⁵ Escobar C. y Hevia F. (2015). *Los Originarios del Pasado. ¿Cómo son representados los pueblos indígenas en textos escolares de historia? (1996-2014)*. (tesis de pregrado). Universidad de Valparaíso, Valparaíso. Chile.

IV.- Paradigmas comprensivos de los fenómenos de diversidad étnica: multiculturalidad e interculturalidad.

En este apartado será tratado el tópico patrimonial como eje material de las memorias. Los estudios de la memoria se abordarán en su condición de campo (entrada conceptual-metodológica) para abrir caminos sobre los procesos de construcción de las conmemoraciones como sistema de líneas de fuerza, sujeto a los agentes que se oponen y se agregan en determinados momentos históricos para definirla como saber. De esta forma, se pretende responder al complejo de disputas por las memorias en razón de la legitimidad social que se le atribuye en su pretensión de verdad.

Las fuerzas que participan en el juego de saberes configuran las reglas que operan para ocupar una posición privilegiada ante los opositores y posicionarse como autoridad legítima dentro del campo de conocimiento. A su vez, el marco social impone acciones de recuerdo y olvido dependiendo de la temporalidad histórica en que se desarrolle (continuidades y cambios). Resulta difícil por tanto la existencia de una memoria colectiva independiente de la individual, ambas se nutren, coexisten y dan cuenta de las contradicciones entre las memorias activas y las pasivas. Las memorias activas, corresponderán a las huellas del pasado que «logran en una acción de rescate» posicionarse en el presente como una «memoria legítima», mientras que las pasivas, serán las que, a pesar de la abundancia de restos y huellas, son guardadas pasivamente (omitidas) aunque representen un saber reconocible y valorable.

Solo la evocación en el plano individual podría garantizar su uso, dependiendo del sentido de interpretación que se tenga del pasado (Jelin, 2002). El lugar que ocupa el fenómeno patrimonial en el campo de la memoria remite al espacio simbólico que orienta la identidad de los grupos recordantes. Estas se estructuran en ardua disputa por la conservación o transformación del bien simbólico impuesto por los principios de jerarquización que favorecen ciertos artefactos referenciales, otorgando

una connotación de testimonios legítimos. El patrimonio al transitar entre el pasado (que fuimos) y el futuro (qué seremos), representa un vehículo de sentido diseñado en el presente (qué somos), convirtiéndose en mediador de una operación mayor: la conmemoración selectiva de un(os) pasado(s) traído(s) al presente que logran configurar la posición de los sujetos en las experiencias vividas y en la construcción de expectativas de futuro (Aravena, 2002).

Los dispositivos de memoria constituyen, por tanto, repertorios identitarios legitimados que se adaptan a la percepción de los receptores, siendo necesaria la capacidad crítica de interpretación para materializar la afinidad con el discurso de memoria, vale decir, el patrimonio no son las cosas, sino el valor que le damos a las cosas. La producción patrimonial dependerá entonces de los significados que se destaquen, de la importancia que se les otorgue y el contexto en que se producen. Resulta problemático asumir que es la sociedad quien define su patrimonio cuando el discurso es elaborado por alguien en concreto, con ideas, valores e interés definidos (Prat, 2001).

Los paradigmas comprensivos de los fenómenos de diversidad étnica pueden ser caracterizados por dos matrices interpretativas en abierta tensión: en el «multiculturalismo conservador⁶», el que agrega valor a la *diversidad de las culturas* tiende a relativizar las diferencias entre los agentes sociales más allá del campo identitario, es decir, refuerza la

⁶ Sobre este aspecto cabe mencionar que existen distintas matrices de interpretación para el marco «multiculturalista». Desde la lectura de McLaren (2002) se podrían diferenciar al menos tres matrices: *conservadoras, liberales y críticas*. La primera de ellas, denominada también como «monoculturalismo», expresa la separación entre culturas según un canon de saber/poder dominante. La hegemonía es quien define lo culturalmente aceptable (superioridad/inferioridad); en su versión liberal, la posición igualitaria de las culturas expresaría un reordenamiento de lo diferente desde posiciones universalistas (igualdad cultural); finalmente la matriz crítica propone entender las diferencias en relación y no en identidades separadas, es decir, en la multiplicidad cultural que emerge de la negociación y traducción de significados culturales (diferencias como producto de procesos sociohistóricos). En suma, se sostiene que la noción «multiculturalismo» no es un atributo de raíz neutra, por el contrario, responde a intereses particulares de las agencias y agentes que lo proyectan sobre el espacio público, ya sea desde políticas sectoriales, programas de intervención e investigaciones académicas dirigidas al control de las representaciones culturales actuales.

segregación en las dimensiones económicas y sociales (García Canclini, 2005:79). En concordancia a la línea argumentativa, para Heller, «la memoria cultural es construcción y afirmación de la identidad. En tanto que un grupo de personas conserva y cultiva una memoria cultural común, este grupo de personas existe» (2011: 110). La convivencia de memorias culturales activas y pasivas en el interior de la sociedad sugiere escenarios de conflictos solo superables a través de la noción de mestizaje.

La etnicidad es entendida como diferencia cultural cosificada⁷, en cuanto a bien cultural transable en el mundo de las mercancías (valor de uso/cambio) se trata, gracias a las ventajas comparativas que posee frente al declive de la producción cultural en serie, es decir, el valor de lo auténtico, lo exótico y lo folclórico. El discurso de memoria liberal fija las diferencias culturales como un conjunto de recuerdos diversos que conviven sanamente promoviendo el valor de la tolerancia. El recurso de «lo diverso» comprende una forma ambivalente sobre lo otro cultural: «la tolerancia no incluye la aceptación del valor del otro; por el contrario, tal vez de manera más sutil y subterránea, la forma de reafirmar la inferioridad del otro y antesala a la intención de acabar con su especificidad –junto a la invitación al otro a cooperar en la consumación de lo inevitable» (Jameson y Zizek, 157:1998).

El Patrimonio Cultural Indígena al estar normado, nombrado y administrado por las instituciones del Estado representa una «memoria étnica legítima»: fuente de control de las diferencias étnicas, limita la relación de los indígenas con su pasado, renacionaliza sus memorias y mercantiliza su cultura. Para Boccara (2012), la patrimonización de las prácticas culturales desde el multiculturalismo constituye una segunda colonización de las comunidades indígena. El fetichismo «de lo diverso»

⁷ Si se entiende el concepto de *Cultura* como un campo interpretativo, se subyace al multiculturalismo conservador una noción de *cultura esencialista*. Este comprende el conjunto de conocimientos y aptitudes intelectuales y estéticas de los grupos sociales. De esta noción se separa: lo material de lo inmaterial, lo social de lo natural y lo propio y lo otro. En lo concreto será: «todo aquel complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, leyes, moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos como hombre, en cuanto miembro de la sociedad» (Tylor, 1979).

marcará la ruta política que promueve la convivencia nacional contemporánea siendo evidente que el acento no descansa en las otras dimensiones de la etnicidad: las problemáticas de autonomía territorial, igualdad de oportunidades y/o reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas no se encuentran en el terreno político de la hegemonía.

Se promueve una noción de patrimonio cultural indígena desde un «patrón rígido que se mueve entre dos ejes, de un lado, el espejo de lo nacional, y de otro, como categoría de “reliquia”, denominado “bienes culturales ancestrales”» (Alegria, 2014), lo que se ha traducido en la *patrimonialización arqueológica* de las culturas indígenas. La operación conmemorativa es confeccionada por un discurso científico-académico (ciencias sociales) que representa a los ejes identitarios étnicos como anclados en un pasado lejano, en plena concordancia a la génesis del Estado-nación, para denominarlos institucionalmente como «pueblos originarios»⁸.

Las fuentes arqueológicas seleccionadas, conservadas y difundidas, gravitan en el periodo anterior al proceso de colonización europea y se presentan como evidencias auténticas del mundo prehispánico excluyendo otros testimonios primarios que amenazan la linealidad del relato de los vencedores.

Asimismo, quedarán fuera las producciones culturales contemporáneas aquellas que narran el conflicto por la dirección del relato identitario entre el discurso oficial y las vivencias comunes de las comunidades. En este conjunto discursivo-simbólico se promociona una identidad ciudadana de marcada tendencia jurídico-constitucional en la que la toma de decisiones se encuentra dirigida por las políticas culturales administradas por los organismos estatales y/o iniciativas privadas, condicionando la participación de las comunidades a través de

⁸ Existe una serie de documentos que sostienen esta declaración nominativa, tales como: Documento final de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (2001); programa Orígenes (2006), Consulta a los pueblos originarios para la creación del Ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio (2014).

prerrequisitos tales como: reconocimiento étnico⁹, circunscripción al territorio nacional y normalización del sentido de la cultura desde fuentes de financiamiento –fondos concursales–, etc.

Destacan en esta versión los Derechos Humanos de primera generación al reconocer a los actores indígenas solo como portadores individuales de derechos civiles y políticos, obviando el tramado específico de sus realidades socio-políticas, que si bien, en la base del reconocimiento prohíbe la discriminación basada en la raza, religión, sexo, idioma, posición social o económica, no advierte mecanismos específicos para acercar el conocimiento, protección y consagración de los derechos de los pueblos indígenas basados en la pluralidad de los idearios de justicia, paz y solidaridad. En efecto, cada minoría cultural tendría la responsabilidad de denunciar y proteger sus derechos como algo propio de su membresía y sin involucrar a las otras ciudadanías que conviven en el espacio público.

En una segunda versión, la crítica cultural se resiste a lo definido como mirada «interculturalista¹⁰». Ante las prácticas de memoria se «insiste en la interacción justa entre las culturas y las lenguas como figuras del mundo y porque en lo decisivo es dejar espacios y tiempos para que dichas figuras se conviertan en mundos reales» (Villoro citado por Walsh, 12: 2009). La diversidad cultural es comprendida como la interacción flexible entre culturas y no como una coexistencia de distintas culturas, aunque cabe decir que las diferencias culturales se generan en el

intercambio dialógico entre grupos en un tiempo y espacio determinado socio-históricamente.

La memoria como experiencia transmitida, constituye el conocimiento cultural compartido entre quienes vivieron «el acontecimiento memorado» y los que no tuvieron acceso a él, de forma que el patrimonio étnico resulta ser un encadenamiento de acontecimientos transposicionados en facilitadores de recuerdos. El patrimonio seleccionado no estaría solo dirigido hacia las comunidades indígenas, sino que cubriría la diversidad de realidades culturales. Para que resulte viable es necesaria «la transformación de las estructuras, instituciones y relaciones sociales, y la construcción de condiciones de estar, ser, pensar, conocer, aprender, sentir y vivir distintas» (Walsh, 2009: 6). En este marco, la etnicidad comprende una herramienta política de etnogénesis¹¹ que coincide teóricamente con la noción de *subalternidad*, es decir, con la representación del «nosotros» desde la experiencia histórica de dominación sostenida en múltiples desarraigos (territoriales-ancestrales, identitarios étnico- lingüístico y de prácticas culturales) que revitaliza la experiencia social de estos grupos más allá de una suma efectista en acciones de dominación y opresión, por el contrario, se observarán dualidades relevantes para los trabajos de la memoria «en la incorporación y aceptación relativa de la relación de mando-obediencia y, al mismo tiempo, su contraparte de resistencia y de negociación permanente» (Modonesi, 2012: 6).

Las escuelas comprenden un rol protagónico al proporcionar las transferencias culturales básicas y las formas de sociabilidad de un importante segmento de la sociedad. Las generaciones que acceden al *conocimiento cultural* pueden aprehender las diferencias culturales en posición inclusiva y democrática –cognitiva y ética–, siendo fundamental reelaborar los contenidos de enseñanza a través de estrategias didácticas interdisciplinarias que

⁹ Cabe destacar en la Ley Indígena (N° 19.253) que «El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes». Solo estos grupos indígenas podrían acceder a normativas de protección, fomento y desarrollo de las culturas, bajo un intermediario institucional, como es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI. Disponible en <http://www.conadi.gob.cl/documentos/LeyIndigena2010t.pdf>

¹⁰ La noción de cultura responde a una matriz crítica en tanto es «un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento y sus actitudes frente a la vida» (Geertz, 2001:88).

¹¹ Los procesos de *etnogénesis* corresponden a los mecanismos utilizados por los agentes en la práctica de su etnicidad, es decir, al producir, intercambiar y comunicar sentidos identitarios, respondiendo a un proyecto político gestado por los mismos indígenas (poder, saber y territorio): ¿quiénes somos?, ¿quiénes fuimos?, ¿qué queremos ser? (posibilidad de reivindicar la propia diferencia).

problematicen en lo central el reconocimiento del *otro* como par, avanzando así en el cruce intercultural cotidiano, valorando las diferencias desde las semejanzas –poseedores de Derechos sociales, políticos y culturales- y fortaleciendo las prácticas democráticas, promocionando a su vez ciudadanías activas capaces de participar en la continuidad o transformación de los procesos de ordenamiento de las diferencias culturales, comprendiendo las prácticas de poder más allá del ejercicio jurídico-constitucional. De esta forma, el PCI se convierte en un recurso para el recuerdo de memorias ejemplares en aquellas experiencias del pasado, como si se tratase de una guía de orientación en las acciones del presente y el futuro. Destaca una interpretación de los DDHH que logra incorporar inalienablemente los derechos políticos, sociales, culturales y económicos de los seres humanos y los pueblos, facilitando un recorrido inclusivo sobre las diferencias culturales que componen el escenario nacional.

V.- Patrimonio Cultural Indígena en las escuelas: aproximación didáctica al conocimiento de los Derechos los Pueblos Indígenas.

Los repertorios patrimoniales activos del mundo indígena se encuentran referenciados por las políticas identitarias construidas por el Estado-Nación, quien utilizando los distintos aparatos culturales que posee ha transmitido un tipo de ordenamiento social ideal bajo nociones de etnicidad. En el triángulo Escuela-Historia Nacional-Historia Escolar, se vislumbra la selección cultural que tiene por objetivo conformar imágenes que superponen representaciones de pertenencia. La transmisión de las narrativas sobre el pasado promueve la cohesión de los grupos a determinadas realidades territoriales, legitimando en el espacio público imágenes de pertenencia desde otras temporalidades, tal y como sugiere Hobsbawm: «es situarse a sí mismo con respecto al propio pasado, aun cuando sólo sea para rechazarlo» (citado por Henríquez, 1990:3).

A modo de reseña se plantea la existencia de distintas matrices de enseñanza del PCI, en tanto que historia escolar no es una reproducción fidedigna del saber académico-científico, sino el resultado de

otras operaciones culturales, es decir, «la transposición didáctica contiene una matriz singular en el caso de los contenidos históricos: la enseñanza de la historia suele guardar una íntima adhesión emotiva a los símbolos y los relatos de la identidad nacional en detrimento del pensamiento crítico» (Carretero, 2007). Las matrices didácticas utilizadas en el contexto curricular¹² resultan diferenciadas respecto al:

- i. Enfoque disciplinar (saber académico).
- ii. Marco conceptual (tratamiento a las nociones disciplinares).
- iii. Aspectos metodológicos (procedimientos didácticos).
- iv. Noción explícita y/o implícita de ciudadanía y DD.HH.

El discurso «didáctico tradicional» se ha caracterizado por:

- i. Una lógica disciplinar centrada en la narración de hechos encadenados a una secuencia cronológica que principalmente daba cuenta de la evolución del Estado en el tiempo. La causalidad se inscribe como gestor de la explicación histórica y figura mecanizada entre los ámbitos políticos y económicos. Asimismo, el uso de fuentes resultaba ser la evidencia de los hechos notables y/o de los grandes hombres, centrándose en la búsqueda de evidencias objetivas del tiempo pasado (fuentes primarias).
- ii. Los conceptos temporales y espaciales que buscan ser objetivos de una realidad determinada por la visión del Estado – cronologías y territorio nacional- resultan cruciales en tanto que los conceptos disciplinares son lo central en la historia escolar.

¹² Los contenidos de enseñanza en el área de Historia, Geografía y Ciencias Sociales son organizados en el *Curriculum Nacional*, que tiene como propósito «estudiar el pasado a fin de reconocer aquellos elementos que sustentan este sentido de pertenencia y entender que la identidad nacional es dinámica y va adquiriendo nuevas formas de acuerdo a las transformaciones sociales y culturales. Asimismo, es importante reconocer aquellos elementos que resultan significativos en las identidades locales y/o regionales al interior de nuestra sociedad» (MINEDUC, 2012).

iii. Se promueve la memorización de los acontecimientos históricos, destacando la posición del profesor como expositor privilegiado y a los estudiantes como receptores de conocimiento. Las prácticas cognitivas-conductuales serán recurrentes en lo cotidiano al ser reforzadas por una interpretación del currículo escolar que busca la homogeneidad en la apropiación del conocimiento (no hace diferencias territoriales, culturales y/o sociales).

iv. Es posible inferir desde la noción de *ciudadanía*, que promueve una «actitud virtuosa» de cara al pasado en búsqueda de la identidad monocultural lo cual supone una participación cívica condicionada por las instancias de poder jurídico-constitucionalista, lo que determina el conocimiento de los Derechos Humanos según jerarquías de importancia. Se entenderán los derechos de primera, segunda y tercera generación de manera diferenciada. Los derechos de primer orden, cívicos y políticos, serán tratados en el aula de manera unívoca, siendo marginados los derechos de segunda generación, tales como los sociales, culturales y económicos, y los de tercera generación: Derechos de los Pueblos Indígenas.

Un segundo giro didáctico corresponde al *enfoque Cognitivo-Constructivista* compuesto por:

i. La matriz historiográfica de la *Nueva Historia*, la cual comprende la Historia como un estudio científicamente elaborado. Se propone avanzar en la interpretación del pasado-presente en un sentido colectivo que proporcione la complejidad social en el cambio de escala en el análisis y revierta la deducción a la inducción de los fenómenos históricos. La Historia nacional es abordada junto a otras realidades espaciales y temporales, vale decir, incorpora el saber de la memoria social en su delimitación territorial, local y regional.

ii. El marco conceptual es confeccionado a través de la selección de categorías de primer y segundo orden disponibles en el currículum escolar. La estrategia de *Contextualización Curricular o de Aprendizajes Situados* utiliza las nociones y procedimientos disciplinares de la Ciencias Sociales

para alcanzar propósitos de la enseñanza del Patrimonio.

iii. Se privilegiará la construcción de problemas, cuestión de incorporar otras miradas en la interpretación de los fenómenos y dar espacio a otras fuentes en el quehacer histórico que, en suma, abre las fronteras hacia otras disciplinas. El constructivismo acompaña a este modelo pedagógico, a puertas de dar protagonismo al aprendizaje (aprendizajes esperados), enseñando modos de pensar lo histórico y no proporcionando información ya procesada, convirtiendo al profesor en mediador del conocimiento. El pensamiento histórico se convierte en el motor de este enfoque, por tanto, buscará gestar una ciudadanía activa e intercultural con miras al presente de la sociedad en la que vive. De ser implementado, considerando la estrategia de contextualización curricular, permitirá «la interacción permanente entre los saberes oficiales y los saberes marginados (...) aula y territorio local se retroalimentan, en tanto este último propone discursos y miradas locales sobre las prácticas nacionales y globales, que se asumen como modos generales de habitar el presente» (González, 2013:307).

iv. Se promueve una noción de *Ciudadanía Activa*, promotora de escenarios de continuidad y transformación histórica. Se comprende los Derechos Humanos como construcción social en toda amplitud, y a los derechos de primera, segunda y tercera generación de forma indivisible, interdependiente e integrada. El acercamiento concreto entre las nociones disciplinares y la experiencia patrimonial de las comunidades indígenas cumple con uno de los principios de las pedagogías de la memoria: «desarrollar una política crítica de la diferencia a través del discurso de la *contramemoria* como parte de un proyecto que reconozca la crítica a la democracia existente. Ello implica abrir los discursos instalados que actúan como determinaciones temporales, mediante la crítica a la diferencia estatuida» (Rubio, 2013: 394).

Frente a lo anterior, se propone incorporar un eje de enseñanza de Patrimonio Cultural Indígena en la

asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales para dinamizar el saber escolar en el ámbito de lo cultural considerando la referencia la diversidad y el Derecho a la Diferencia, potenciar nuevos escenarios de aprendizajes en el tránsito espacial entre la ciudad y la escuela para trasladar, en suma, los aprendizajes elaborados en la escuela a otros ámbitos de la vida social.

Con todo, en su conjunto, la enseñanza del PCI facilitaría una amplia comprensión del presente desde el pasado, reconociendo en la actualidad una disputa permanente por el sentido de la etnicidad. La estrategia explicativa de multicausalidad, potencia la problematización de los conflictos sociales en cuanto a continuidades y cambios en el espacio local, así como a lo que respecta al conocimiento de las culturas desde el enfoque de Derechos Humanos de segunda y tercera generación, valorando la diversidad cultural que representa el dialogo e interés por el patrimonio vivo. Se justifica además su enseñanza por potenciar en los estudiantes un sentido de identidad intercultural –individual y colectiva- de los procesos socio-históricos que se han desarrollado en los proyectos de nación. El diálogo constante entre las distintas culturas que habitan el espacio, permite valorar la diversidad de opinión y el valor de la diferencia. De esta manera, las identidades en plural serán la base de una ciudadanía activa. Finalmente, los efectos prácticos de esta propuesta serán presentados a través de una matriz didáctica específica del campo de la memoria, que delimite en un primer momento el enfoque cultural implícito en el marco epistemológico de la etnicidad, de forma que el *contenido disciplinar* logre efectivamente orientar la memoria étnica y sus artefactos-testimonios seleccionados.

El conocimiento sobre el patrimonio de los pueblos indígenas resultará dinámico, en cuanto interactúe el saber dominante –disciplinar- y los saberes sociales –cotidianidad-, revitalizando las culturas, sus formas y el ejercicio de Derechos Humanos presente en lo conmemorativo. Es de importancia, además, que las secuencias posean una orientación crítica sobre los aspectos metodológicos, es decir, que se planifique el desarrollo de habilidades y procedimientos

cognitivos útiles para ejercer la ciudadanía en otras situaciones de la vida social. Las matrices didácticas formulan explícita y/o implícitamente una concepción de identidad y ciudadanía, siendo relevante la pluralidad para flexibilizar la promoción y protección de los Derechos de los Pueblos.

Para efectos de esta propuesta se propone el ejercicio de contextualización para la enseñanza del Patrimonio Cultural Indígena en el segundo ciclo de educación básica a través de dos objetivos de aprendizaje pertinentes para el tratamiento del enfoque didáctico activo antes descrito. Si bien resulta ideal el desarrollo de unidades completas y no contenidos puntuales, los temas seleccionados abordan procesos claves en la Historia de Chile (representativos de unidades): el primero gira en torno a la conformación del territorio-identidad nacional actual (espacialidad) y, el segundo de ellos, hace referencia a los procesos de migración campocidad efectuados en la primera mitad del Siglo XX (temporalidad), época que por lo general, no aborda la presencia sistemática del mundo indígena en la construcción de lo urbano y contemporáneo.

El primer objetivo corresponde a 4º año básico, donde se espera que los y las estudiantes sean capaces de «describir los modos de vida de algunos pueblos originarios de Chile en el periodo precolombino, incluyendo ubicación geográfica, medio natural en que habitaban, vida nómada o sedentaria, roles de hombres y mujeres, herramientas y tecnología, principales actividades, vivienda, costumbres, idioma, creencias, alimentación y fiestas, entre otros» (MINEDUC:2006); el segundo, a 6º año básico y el objetivo de aprendizaje es: «explicar y dar ejemplos de la progresiva democratización de la sociedad durante el siglo XX, considerando el acceso creciente al voto, la participación de la mujer en la vida pública y el acceso a la educación y a la cultura, entre otros» (MINEDUC:2006).

Bases Curriculares: vigencia desde 2012. Rige como obligatorio en los niveles de 4° a 6° básico

Nivel	Objetivo de Aprendizaje	Concepto disciplinar (Saber)	Procedimiento metodológico (Saber-hacer)	Ciudadanía//DD.HH (Saber-ser)
4to básico	Describir los modos de vida de algunos pueblos originarios de Chile en el periodo precolombino, incluyendo ubicación geográfica, medio natural en que habitaban, vida nómada o sedentaria, roles de hombres y mujeres, herramientas y tecnología, principales actividades, vivienda, costumbres, idioma, creencias, alimentación y fiestas, entre otros	El Patrimonio Cultural en tanto testimonio de la memoria étnica en clave intercultural, visibiliza las relaciones de intercambio presentes entre los distintos pueblos, en contraste a la localización esencialista de habitar un territorio situado entre <i>fronteras</i> (crítica a la noción decimonónica del territorio).	Interactuar con la realidad social actual a través de fotografías satelitales locales y un listado de hallazgos arqueológicos que permita la localización de las rutas de intercambio y su significado patrimonial. Describir la ubicación socioespacial actual de los pueblos indígenas en la escena local.	Reconoce a los pueblos indígenas en su derecho histórico de poseer un territorio, de relacionarse con otros de forma igualitaria y en la promoción de una economía sustentable del medio ambiente que habitan. La ciudadanía que problematiza el PCI desde el tiempo remoto –precolombino- y el presente –tiempo global-, establece una vinculación empática con los fenómenos socioculturales locales. ¿Desde dónde venimos?, ¿quiénes somos?
6to básico	Explicar y dar ejemplos de la progresiva democratización de la sociedad durante el siglo XX, considerando el acceso creciente al voto, la participación de la mujer en la vida pública, el acceso a la educación y a la cultura, entre otros.	El Patrimonio cultural inmaterial, no significa conservar las ideas y/o prácticas culturales de manera estática-exótica, por el contrario, pretende conocer las continuidades y transformaciones vividas por la propia cultura, para mostrar así su dinamismo y reconocer el conocimiento que se puede recoger de ellas. La migración campo-ciudad, trajo consigo una serie de prácticas culturales indígenas a las ciudades durante la primera mitad del Siglo XX rotulados por la historia tradicional como prácticas campesinas.	Desarrollar un fichero de investigación patrimonial en torno a los procesos de migración campo-ciudad a escala local a través de diversas fuentes, entrevistas en su territorio (adulto mayor) y registro de prácticas campesinas presentes aún en la ciudad.	Comprende el ejercicio democrático de la pluralidad, reconoce a los pueblos indígenas en su derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales en el espacio común. En la indagación de la composición étnica en los procesos campo-ciudad, reconoce las relaciones entre las culturas en la ciudad. (Conflictos, diferencias, similitudes y/o negociación). Construye un dialogo intergeneracional en búsqueda del otro étnico y desde esa identidad territorial se plantea la ciudadanía activa (patrimonio-acción). ¿Desde dónde venimos?, ¿Hacia dónde vamos?

VI.- Ideas finales: La etnicidad como patrimonio y los Derechos Humanos de los pueblos indígenas.

Las reflexiones didácticas propuestas en esta revisión reconocen en la emergencia de las Sociedades del Conocimiento una oportunidad para las nuevas generaciones de comprender los Derechos Humanos en su intensidad histórica, étnica y de protagonismo ciudadano. Para Iglesias (2011), se aborda la recreación de las culturas y de las memorias con el propósito de «reconstruir las democracias e incorporar a los procesos sociales las nuevas formas organizaciones y demandas colectivas desde distintos sectores y comunidades». En virtud de lo anterior, será clave priorizar la promoción y protección de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas marginados históricamente en el ordenamiento de las diferencias culturales por las memorias oficiales de los Estados Nacionales.

En el marco actual de las políticas públicas nacionales, se observan importantes avances en la incorporación de agentes sociales invisibilizados por relato público de la memoria cultural. En lo específico se hace referencia a los acuerdos alcanzados en la Consulta participativa a los Pueblos Originarios realizada por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA) entre los años 2014 y 2015 para materializar la creación -en plural- del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio¹. Se buscó incorporar a dicha lectura las exigencias de los nueve pueblos indígenas- reconocidos por la CONDADI- en lo que respecta los principios, modalidad de funcionamiento y promoción de una cultura plurinacional para el país.

Se destaca, en este sentido, el punto seis de la consulta (CNCA:2014) para efectos de esta propuesta de análisis, el cual propone: «incorporar un concepto de «patrimonio cultural indígena», que contemple los siguientes elementos: patrimonio cultural material e inmaterial y territorial de los pueblos indígenas del territorio de Chile, que surja de

la cosmovisión y la cultura viva de los pueblos originarios, de su relación con la tierra, con el medio marino y en general con su entorno natural, y del análisis de las definiciones por aquellos elementos establecidos en la normativa internacional, particularmente por Unesco y los demás instrumentos de derecho internacional aplicables en la materia²». De lo anterior, queda implícita la necesidad de las comunidades en revertir el enfoque multicultural que ha dirigido la producción de artefactos de memoria indígena sin la participación activa de los actores sociales involucrados. La arqueologización del patrimonio ha dificultado la aspiración de conocimiento, promoción y protección en los DD.HH de las comunidades étnicas al situarlas en un tiempo-espacio remoto, narrado por las voces de los vencedores y amenazados por la mercantilización de sus prácticas. Por el contrario, se busca incorporar una matriz de «etnicidad intercultural» en lo que respecta a «la construcción de las comunidades imaginarias», superando las representaciones del tiempo histórico desvinculadas del presente (indagar en el pasado desde el presente: qué recordar, cómo recordar y para qué recordar) para situar y empatizar con el mundo indígena en lo que refiere a Derechos Humanos de tercera generación en clave genealógica.

El patrimonio en el campo de la memoria indígena, se moviliza en las cartografías de encuentros y desencuentros, luchas y conflictos por las interpretaciones del pasado que configuran la gestión del recuerdo y/o el olvido en el espacio público: el patrimonio es una decisión interpretativa del presente sobre el pasado. La pedagogía de la memoria, parte justamente de la pregunta contextual de la enseñanza -¿para qué?- instalando implícitamente la relación dinámica entre los contenidos escolares y los marcos sociales que los recrean.

La situación actual del mundo indígena –avances y retrocesos socioculturales-, requiere de la

¹ Ver estructura del proyecto de Ley (en tramitación) <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/07/convencion-indic.sust.pdf>

² Sistematización encuentro nacional de consulta previa a los pueblos indígenas para la creación de la nueva institucionalidad cultural. Disponible en <http://consultaindigena.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/sistematizacion-encuentro-nacional-consulta-previa.pdf>

actualización conceptual y metodológica de las y los docentes insertos en el sistema educativo, en tanto, promotores de los nuevos caminos de conocimiento y de aprendizajes significativos, dirigidas a estudiantes indígenas y no indígenas para el desarrollo de ciudadanías activas e interculturales. De esta forma, la elaboración de estrategias didácticas en la materia, cumplen con la revisión de las unidades curriculares que favorezcan el trabajo patrimonial en el aula, seleccionando unidades y ejes temáticos para contextualizarlos con el componente de memoria presente en el espacio. El saber social acumulado en torno al mundo indígena, contiene referencias e ideas estereotipadas que pueden ser una oportunidad para el aprendizaje en su descomposición y reconceptualización.

La didáctica del PCI puede incorporar los distintos saberes que componen las disciplinas escolares para enriquecer su interpretación y aprendizaje. Los y las docentes de asignaturas distintas a la Historia y Humanidades, entregaran a este campo, otras dimensiones de la memoria, permitiendo que la enseñanza del patrimonio sea viable y sustentable en el tiempo. Si bien, la escuela no es la única fuente para la formación de la ciudadanía, aún mantiene un espacio privilegiado para entregar herramientas a las ciudadanías del Siglo XXI, es necesario, en suma, abordar la dimensión cultural de la ciudadanía – etnicidad- y reorientarla para mejorar la convivencia democrática.

Referencias Bibliográficas

Anderson, Benedict. "Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y difusión del nacionalismo" México: Editorial FCE, 2005.

Aravena, Pablo "*Memorialismo, historiografía y política*", Concepción: Escaparate ediciones, 2009.

Areyuna, Beatriz y González, Fabian. "Contextualizando el curriculum de Historia y Ciencias Sociales. La comunidad local, un territorio de saberes para la escuela". Santiago: MINEDUC ediciones, 2013.

Alegría, Luis. "Patrimonio indígena y etnopatrimonio". Revista Wekén. Editores: Universidad internacional SEK. ISSN 07175639. N°15 (2014) <http://www.youblisher.com/p/937973-Revista-Werken-Universidad-SEK-numero-15/> (Consultado el 12 de Noviembre de 2015)

Augé, Marc. "*El tiempo en Ruinas*", Barcelona: Gedisa ediciones, 2008.

Aylwin, José. "Derechos Humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno". Temuco: Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera ediciones, 2004.

Beck, Ulrich. "La sociedad del riesgo global", Madrid: Siglo XXI ediciones, 2001.

Bengoa, José. "Emergencia Indígena en América Latina", Santiago: editorial FCE, 2000.

Boccaro, Guillaume y Ayala, Patricia. "Patrimonializar al indígena. Imaginación del multiculturalismo neoliberal en Chile", Revista *Cahiers des Amériques latines* (2013) <http://cal.revues.org/361> (consultado el 27 diciembre 2015)

Carretero, Mario. "Documentos de Identidad. La Construcción de la Memoria Histórica en un Mundo Global". Buenos Aires: Paidós ediciones, 2007.

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas (2003). <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1> (Consultado el 10 de Diciembre de 2015)

Currículum de la Educación Básica. Objetivos Fundamentales y Contenidos Mínimos Obligatorios. Estudio y Comprensión de la Sociedad. Gobierno de Chile. Ministerio de Educación, actualización 2002. http://www.curriculummineduc.cl/docs/fichas/ed_basica_estudio_y_comprension_de_la_sociedad_decreto_40_mod_230.pdf (Consultado el 02 de Diciembre de 2015)

Escobar C. y Hevia F. (2015). *Los Originarios del Pasado. ¿Cómo son representados los pueblos indígenas en textos escolares de historia? (1996-2014)*. (tesis de pregrado). Universidad de Valparaíso, Valparaíso. Chile.

García Canclini, Néstor. "La globalización imaginada", Buenos Aires: Paidós ediciones, 2008.

....., "Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad", Barcelona: Gedisa ediciones, 2005.

Geertz, Clifford. "Una interpretación de las culturas". Barcelona: Gedisa ediciones, 2001.

Gimeno, Sacristán. "El significado y la función de la educación en la sociedad y la cultura globalizadas". Revista de Educación. Editor: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, MECD. Instituto Nacional de Calidad y Evaluación, INCE España. ISSN 0034-8082. N° extraordinario (2001)
<http://www.mecd.gob.es/dctm/revistaeducacion/articulosre2001/re20011010351.pdf?documentId=0901e72b8125dd66> (consultado el 20 de Noviembre de 2015)

Heller, Agnes. "Memoria cultural, identidad y sociedad civil". Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanas. Editores: Foro de investigaciones sociales. ISSN 1695-730X N° 24 (2001)
<http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Heller,%20Agnes/Heller,%20Agnes%20%20Memoria%20cultural,%20identidad%20y%20sociedad%20civil.pdf> (Consultado el 18 de Noviembre de 2015)

Iglesias, Margarita. "Memoria y políticas culturales" en Derechos Humanos, Pedagogía de la Memoria y Políticas culturales. Santiago: LOM ediciones, 2011.

Jameson, Frederic y Zizeck, Slavojc. "Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo". Buenos Aires: Editorial Paidós, 1998.

Jelin, Elizabeth. "Los trabajos de la memoria. Memorias de la represión". Madrid: Siglo XXI ediciones, 2002.

Modonesi, Massimo. "Subalternidad. Conceptos y fenómenos fundamentales de nuestro tiempo", México: UNAM ediciones, 2002.

Muñoz, Ignacio y Osandón Luis. "La didáctica de la Historia y la formación de ciudadanos en el mundo actual". Santiago: Centro de investigaciones Barros Arana ediciones, 2013.

Prat, Llorenc "El concepto de Patrimonio Cultural", Revista Política y Sociedad. Editores: Universidad Complutense de Madrid. ISSN 1130-8001. N° 27 (2001)
<http://www.antropologiasocial.org/contenidos/publicaciones/otautores/prats%20el%20concepto%20de%20patrimonio%20cultural.pdf> (Consultado el 12 de Noviembre de 2015)

Rubio, Graciela. "Memoria, Política y Pedagogía: Los caminos hacia la enseñanza del pasado reciente en Chile". Santiago: LOM ediciones, 2013.

Walsh, Catherine. "Interculturalidad crítica y educación intercultural" ponencia presentada en el Seminario "Interculturalidad y Educación Intercultural", organizado por el Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 9-11 de marzo de 2009. http://www.uchile.cl/documentos/interculturalidad-critica-y-educaciointercultural_110597_0_2405.pdf. (Consultado el 18 de Noviembre de 2015)

Páginas web consultadas

- <http://www.un.org/es/index.html>
- <http://www.oas.org/es/cidh/>
- <http://curriculumenlinea.mineduc.cl>.
- <http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/mision-institucional>

FUNDACIÓN HENRY DUNANT AMÉRICA LATINA

Políticas Públicas y Derechos Humanos

10AÑOS

FUNDACIÓN HENRY DUNANT AMÉRICA LATINA

CALIFORNIA 1892, PROVIDENCIA, SANTIAGO DE CHILE / FONO: 56-2 222055179 / CONTACTO@FUNHD.ORG

WWW.FUNDACIONHENRYDUNANT.ORG