

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES
ANTE EL DERECHO CHILENO: UN ANÁLISIS DEL
CASO DE JOANE FLORVIL

Francisco Bustos Bustos

FRANCISCO BUSTOS BUSTOS

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Andrés Bello y profesor invitado del CFG de la Cátedra de Racismos y Migraciones Contemporáneas de la Universidad de Chile. Se desempeña en el estudio jurídico Caucoto Abogados.

LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES ANTE EL DERECHO CHILENO: UN ANÁLISIS DEL CASO DE JOANE FLORVIL

1. LA INDIFERENCIA COMO PRÁCTICA SOCIAL

“There were two ‘Reigns of Terror’, if we would but remember it and consider it; the one wrought murder in hot passion, the other in heartless cold blood; the one lasted mere months, the other had lasted a thousand years; the one inflicted death upon ten thousand persons, the other upon a hundred millions; but our shudders are all for the ‘horrors’ of the minor Terror, the momentary Terror, so to speak; whereas, what is the horror of swift death by the axe, compared with lifelong death from hunger, cold, insult, cruelty, and heart-break? What is swift death by lightning compared with death by slow fire at the stake?”

Mark Twain. *A Connecticut Yankee in King Arthur’s Court* (1889)

La invitación formulada a reflexionar sobre casos relacionados con el racismo en la historia reciente, junto con agradecerse, hemos de confesar que ha resultado un desafío, pues pareciera que cada día surgen nuevos casos, denuncias y voces de alerta que dan cuenta de múltiples violencias y otras formas de exclusión fundadas en motivos *especialmente* odiosos presentes en la sociedad en que vivimos.

Todos ellos se encuentran cruzados por la falta de empatía en grado sumo, un desprecio al otro que evoca al segundo reino –del que nos habla Mark Twain– forjado en *despiadada sangre fría*. Podemos ejemplificar esto en el surgimiento de discursos excluyentes de los derechos y la dignidad del otro, cuyas consecuencias abarcan desde crisis humanitarias, como ocurre con las miles de muertes de migrantes en el Mediterráneo a vista y paciencia de la comunidad internacional, hasta eventos de menor escala, pero con consecuencias igualmente devastadoras para las biografías de sus víctimas y familiares, como es el caso de Joane Florvil al que nos referiremos.

Pero antes, permítaseme una reflexión sobre las muertes del Mediterráneo. La primera vez que leí el artículo 604 del Código Civil chileno (1855), hace poco más de una década, me causó extrañeza y curiosidad. Se trata de una norma ubicada en el Libro II, *De los Bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*, específicamente en el Título III

De los bienes nacionales, referido al uso de playas y puertos¹. Esta disposición contiene, en su inciso final, una regla que dispone: “Los náufragos tendrán libre acceso a la playa y serán socorridos por las autoridades locales”. Este mandato de humanidad elemental invita a la perplejidad. ¿Es *necesario* que exista una norma que obligue a permitir la entrada y rescate a quienes han padecido el naufragio?

Por su parte, al proseguir los estudios, aprendería que el derecho internacional humanitario (DIH) establece también normas para el tratamiento de los náufragos en el marco de los *conflictos armados*. Podemos mencionar aquí el II Convenio de Ginebra de 1949², que tiene por objeto la protección de heridos, enfermos y náufragos de una parte beligerante, sin ninguna distinción, en la medida en que se abstengan de hostilidades³. Esto equivale a reconocer que tales deberes existen incluso respecto de quienes sirvieron militarmente a una potencia enemiga en situaciones de conflicto armado.

Sin embargo, los últimos sucesos y el desplazamiento forzado de personas de países como Siria ha generado una correlativa mayor restricción a migrantes y refugiados, y se ha podido constatar cómo algunos Estados europeos optan por toda clase de subterfugios para incumplir sus obligaciones respecto de aquellos que desesperadamente intentan cruzar el Mediterráneo, sustrayendo *de facto* a miles de personas de protección internacional⁴.

De este modo, además de criminalizar a las personas y organizaciones que acuden al rescate de embarcaciones, también han optado por *externalizar* esta responsabilidad⁵, facilitando que sean interceptados por terceros Estados –como Libia–, sin las consecuencias jurídicas que tendría en caso de ser rescatados por civiles o militares europeos, pues deberán ser llevados a un puerto seguro, haciéndoles extensivas las garantías del debido proceso, sin importar su estatus migratorio, como ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tedh)⁶.

-
1. Para la doctrina tradicional, esta disposición persigue evitar el contrabando, fiscalizando el ingreso de los bienes que ingresan al país por puertos habilitados, cfr. Alessandri (1937), p. 49.
 2. En el ámbito del desarrollo del derecho internacional de la guerra, el llamado “derecho de Ginebra” busca en primer término la protección de las víctimas del conflicto. El mismo lo integran las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Cfr. Ambos (2011), p. 32.
 3. Melzer (2019), pp. 148-149.
 4. Moraes y Romero (2016), pp. 35 y ss.
 5. Opinion ‘It’s an Act of Murder’: How Europe Outsources Suffering as Migrants Drown <https://www.nytimes.com/interactive/2018/12/26/opinion/europe-migrant-crisis-mediterranean-libya.html>
 6. Tedh. *Caso Khlaifia y otros vs. Italia*. Sobre el mismo, véase Cortés y Jara (2013), pp. 252-253.

Debemos tematizar este tipo de acciones y omisiones de los representantes políticos de algunos de los países que gozan de los mayores índices de bienestar planetario, y que son también aquellos que –al menos– parecían gozar de un marco de derechos y libertades que sirven como estándares para otras naciones. Tenemos que volver a pensar en el principio de no devolución de extranjeros (*non-refoulement*) a países donde peligre su vida o libertad⁷, como acontece con aquellas devoluciones a lugares donde se practica la tortura, así como cuestionar firmemente la criminalización del salvataje de embarcaciones. Como indica la columna referida, son actos homicidas.

Pero no es necesario ir tan lejos de Chile para encontrar situaciones donde la indiferencia y la criminalización de la población migrante tenga resultados dramáticos, como se manifestó en el caso que analizaremos.

2. EL CASO FLORVIL ANTE LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA

De acuerdo a las versiones entregadas por los familiares de Joane Florvil en distintos procedimientos judiciales, especialmente en la acción antidiscriminación y en el proceso criminal (en curso), la dinámica de hechos previa a su detención, su criminalización por diversos medios de comunicación y el fallecimiento de Joane, habría sido la siguiente.

Joane Florvil decidió venir a Chile desde Haití a principios del año 2017 buscando mejores oportunidades de vida, logrando establecerse en la comuna de Cerro Navia. Junto a su pareja, trabajaban en lo que fuera con tal de poder afrontar los gastos que aumentaron debido al nacimiento de su hija.

El día 29 de agosto de 2017, Joane Florvil (28 años) y su hija de tres meses, de iniciales W.F.F., fueron abordadas en la vía pública por un hombre, cuya identidad se desconoce hasta la fecha, que se acercó con un oferta de trabajo para su pareja, Wilfrid Fidele, que consistiría en labores de jardinería en la Municipalidad de Lo Prado.

Ante esto, Joane habría vuelto a casa para avisar de la propuesta a Wilfrid, para luego dirigirse a las oficinas de la Municipalidad de Lo Prado. En las oficinas municipales (o en sus cercanías), el bolso de Wilfrid, que contenía sus documentos y los de su hija, fue sustraído por desconocidos, lo que fue alertado por el grupo familiar al guardia del recinto. Esto motivó el llamado a Carabineros por parte del encargado de la Oficina de Migrantes de la comuna. Sin embargo, funcionarios de

7. Bustos (2016), pp. 131-136.

la 44° Comisaría de Carabineros [de Lo Prado] no habrían tomado directamente la denuncia, aduciendo que sin documentos, no era posible cursarla⁸.

Posteriormente, la familia de Joane admitió que la Municipalidad dispuso medios para asistir a Wilfrid en su denuncia relativa al pasaporte y su renovación ante la Policía de Investigaciones.

A partir del día siguiente, el 30 de agosto, se centraron las investigaciones. De este modo, las acciones judiciales ejercidas por los familiares de Joane invocando la Ley N° 20.609, o Ley Antidiscriminación, en contra del municipio, fijaron como hechos no controvertidos “que el día 30 de agosto de 2017, alrededor de las 16:50, doña Joane Florvil junto a su hija, que iba en un coche, ingresa al antejardín de una de las dependencias de la Municipalidad de Lo Prado, ubicada en calle San Germán N° 1052, donde se ubica el Departamento de Prevención y Promoción Comunitaria, siendo atendida por el guardia de seguridad don Cristian Mondaca”⁹.

Por su parte, también fue establecido “como hecho de la causa que Joane Florvil no hablaba español por lo que no podía darse a entender y que lo único señalado por ella al guardia es ‘ayuda marido’”¹⁰. Al no poder darse a entender, Joane entendió que dejaría a su hija al cuidado del guardia, por lo que cruzó la calle hacia una construcción cercana para encontrar a otros ciudadanos haitianos que pudieran ayudarla a explicar la situación.

Sobre esto, “las partes se encuentran contestes que Joane Florvil salió de las dependencias municipales, dejando al guardia municipal el coche con su hija al interior, quien da cuenta de esta situación a la Directora de la Oficina de protección de derechos de la infancia OPD, doña Lya Araya, quien a su vez comunica lo sucedido a la Jefa del departamento comunitario, doña Marjorie Peñaloza, quien se encontraba en las dependencias municipales de San Pablo”¹¹. En el municipio se activaron diversos mecanismos institucionales para reportar sobre el caso del (supuesto) abandono de una niña en sus dependencias, sin portar identificación alguna.

De acuerdo con estas funcionarias de la municipalidad, se procedió a dar aviso inmediatamente a carabineros de la comisaría de Lo Prado, quienes se comunicaron

8. Este proceder, dicho sea de paso, volvería imposible denunciar el hurto o robo de documentos. Desde luego, la normativa existente respecto a la denuncia de delitos ante la policía exige que el denunciante se individualice, pero no requiere llevar materialmente la documentación. Cfr. artículos 173 y 174 del Código Procesal Penal (CPP).

9. 5° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-34592-2017. “Gómez con Ilustre Municipalidad de Lo Prado”. Sentencia de primera instancia de 2 de enero de 2019, considerando 16°.

10. Ibid., considerando 16°.

11. Ibid., considerando 18°.

con el Tribunal de Familia de Pudahuel y recibieron instrucciones del juez de turno de llevar a la menor a constatar lesiones, para luego ser trasladada a la Casa Nacional del Niño. Por su parte, la Oficina de Protección de Derechos (OPD) presentaría al día siguiente un informe al juzgado de lo ocurrido¹².

Consta también que funcionarios de la OPD, al ver a una mujer de similares características de Joane, le tomaron una fotografía, la que luego enviaron al guardia para corroborar que fuera ella, a lo que él respondió que sí¹³. Se le informó también a la directora de la OPD, Lya Araya, quien en su declaración testimonial “menciona a los Carabineros que el trabajador social iba a visitar el domicilio [identificado], pero los efectivos policiales señalaron que ellos fueron designados para llevar el caso y que el trabajador social no debe concurrir al domicilio sino acudir a la comisaría a prestar declaración”¹⁴.

Posteriormente, de acuerdo a la prensa, a eso de las 18:00 horas Joane fue encontrada por efectivos de Carabineros de Chile, quienes no pudieron comunicarse con ella pues no hablaba español, mientras un vecino fungía como traductor¹⁵. Horas más tarde, el fiscal del Ministerio Público daría la orden de detención. A Joane le habrían sido leídos sus derechos¹⁶ en creolé mediante una traducción que habría hecho su vecino, de acuerdo al parte policial¹⁷, lo que configura una práctica al menos irregular.

Esto nos permite sostener que Joane no comprendió el motivo por el cual era esposada, las razones de su detención ni los derechos que la asistían en dichas circunstancias.

A partir de ese momento, diversos medios de comunicación hicieron eco de la noticia de esta madre haitiana *criminal* que habría abandonado a su hija de dos meses en la comuna de Lo Prado. El noticiero de Televisión Nacional de Chile (TVN) exhibió la imagen sobrecogedora de Joane esposada y escoltada por funcionarios policiales en dirección a la 48° Comisaría de Carabineros de Asuntos de la Familia.

12. Ibid., considerando 18°.

13. Ibid., considerando 20°.

14. Ibid., considerando 20°.

15. La Tercera. Los 30 días de calvario de Joane Florvil. Por Carla Ruiz Pereira. <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>

16. El funcionario público a cargo de un procedimiento de detención, conforme al artículo 135 del CPP, en relación a los artículos 93 y 94 de la misma norma, debe informar de manera específica y clara al afectado el motivo de la detención, los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. También tiene derecho a ser asistido por un abogado, guardar silencio o, en caso de consentir prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

17. La Tercera. Los 30 días de calvario de Joane Florvil. Por Carla Ruiz Pereira. <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>

Esta secuencia continuó recorriendo los medios de comunicación y la convirtió en el ejemplo de una mala madre¹⁸.

Lo ocurrido con posterioridad aún es materia de investigación. De acuerdo a la versión de Carabineros de Chile, mientras se encontraba en el segundo pabellón de aislamiento, cerca de la medianoche, Joane se habría golpeado repetidamente la cabeza contra un muro del calabozo, ante lo cual debió ser esposada y se le puso un casco para evitar que se provocara lesiones de gravedad. Fue trasladada poco tiempo después a la Posta Central, donde ingresó al servicio de urgencia a eso de las 00:30 horas del 31 de agosto. Fue ingresada durante ese día a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) por una falla renal.

En paralelo, la familia de Joane no tenía noticias sobre su paradero. Recorriendo comisarías lograron saber que se encontraba hospitalizada, pero no dónde. Wilfrid alegaba que era el padre de la bebé, pero la documentación para poder demostrar sus lazos de parentesco había sido sustraída.

El mismo 31 de agosto de 2017 ingresó al 5° Juzgado de Garantía de Santiago una denuncia por el delito presuntamente cometido por Joane Florvil. Se había declarado que su detención y la ampliación de la misma eran ilegales, y que debía mantenerse en custodia en el centro de salud, para ser puesta a disposición del tribunal el 1° de septiembre si su estado de salud lo permitía¹⁹. Con todo, su situación en ese momento impedía que Joane concurreniera a un tribunal de justicia durante el proceso.

El día 13 de septiembre, en la Posta Central, el abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos (Indh), Daniel Cárdenas, pudo hablar con Joane gracias a un facilitador de dicho establecimiento hospitalario. De esa conversación quedó la siguiente constancia: “En este encuentro, Joan indicó que había sido detenida luego de dejar a su hija con un guardia del municipio de Lo Prado posterior al asalto de Wilfrid y que frente a la desinformación y desesperación por su detención se había auto agredido en la celda, no recordando mayores detalles de lo ocurrido. Indicando además, que no fue asistida por Carabineros por el asalto del cual Wilfrid había sido víctima. En esta primera y única entrevista con Joan, se pudo constatar que a ese momento no se encontraba en riesgo vital y que su gran preocupación era el futuro de su hija”²⁰.

La hija de Joane y Wilfrid se encontraba en la Casa Nacional del Niño, centro del Servicio Nacional de Menores (Sename). Se fijó una audiencia para determinar si se mantendría la medida de protección (internación) en dicho centro, que quedó para

18. Para un análisis crítico de la respuesta de los medios, cfr. Vargas (2018), pp. 114-120.

19. 5° Juzgado de Garantía de Santiago. RIT 3460-2017. Resolución de 31 de agosto de 2017.

20. Indh. Minuta caso Joan Florvil, párr. 9. Disponible en línea en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/10/Antecedentes-Caso-Joan-Florvil-2.docx>

el 20 de septiembre de 2017. Sin embargo, debió reprogramarse por la imposibilidad de Joane de asistir, pues se encontraba hospitalizada aún²¹. El Indh, a través de sus abogados, asistió como observador al no ser parte del proceso²².

El 27 de septiembre, el Juzgado de Familia ratificó que la niña seguiría bajo cuidado de Sename, fijando una nueva audiencia para el 21 de noviembre de 2017. Se informó desde la Posta Central que Joane se encontraba con “mal pronóstico”.

En paralelo, la Defensoría Penal Pública (DPP) solicitó una audiencia de sobreseimiento de Joane, fundada en las causales del artículo 250 del CPP, en sus letras a) “Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito”, y b) “Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado”. Esta audiencia fue fijada para el día 22 de noviembre de 2017²³.

Sin embargo, Joane Florvil no se enteraría de lo ocurrido en estas audiencias ante el Juzgado de Familia de Pudahuel ni de lo que resolvería el 5° Juzgado de Garantía de Santiago. Durante la noche del 29 de septiembre fue trasladada de urgencia al Hospital Clínico de la Universidad Católica. Joane Florvil murió el día 30 de septiembre de 2017 a causa de un paro cardiorrespiratorio producido por una falla hepática fulminante, después de pasar treinta días hospitalizada, preguntando constantemente por su hija, a quien nunca más volvió a ver, y que se encontraba aún en un centro del Sename.

El 5 de octubre de ese año, el Juzgado de Familia dictó una resolución que decretaba un acercamiento familiar de la niña con su padre, que implicaba también capacitación en el monitoreo de la salud de su hija²⁴.

El cuerpo de Joane Florvil estuvo más de 200 días en el Servicio Médico Legal esperando para poder ser repatriado a su país, lo que solo ocurriría en mayo de 2018.

Por su parte, el 22 de noviembre de 2017, el 5° Juzgado de Garantía acogió la solicitud de la DPP, resolviendo decretar el sobreseimiento definitivo de Joane por considerar que el hecho investigado no era constitutivo de delito, conforme el artículo 250 letra (a) del CPP. Esto resultó significativo (aunque insuficiente) pues los tribunales de justicia reconocieron que Joane Florvil siempre fue inocente al no haber existido delito alguno, en lugar de haber empleado otra causal de sobreseimiento definitivo, como pudo haberlo sido su muerte²⁵.

21. Ibid., párr. 13.

22. Ibid.

23. 5° Juzgado de Garantía de Santiago. RIT 3460-2017. Resolución de 3 de octubre de 2017.

24. Indh. Minuta caso Joan Florvil, párr. 16.

25. El artículo 250, letra (e) del CPP dispone: “El juez decretará el sobreseimiento definitivo: [...] e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley pusiere fin a dicha responsabilidad”. Por su parte, el art. 93 N° 1 del Código Penal señala que la responsabilidad penal se extingue

La defensora penal Daniela Saba declaró: “Hoy podemos decir con certeza que la señora Joane Florvil es absolutamente inocente, que es lo que la defensa planteó desde el primer día”. Y agregó que “aquí hubo una cadena de injusticias y malos entendidos. Todo se origina por un problema de comunicación, ya que la oficina municipal no contaba con nadie que pudiese hacer las veces de intérprete para colaborar y evitar toda esta lamentable situación”²⁶.

La fiscal del Ministerio Público que llevaba el caso, Paula Rojas, declaró que no hubo discriminación y que se reservaba el derecho de apelar el sobreseimiento, apelación que –desde luego– nunca fue presentada²⁷.

Posteriormente, la Fiscalía Centro Norte abrió una investigación por los hechos que rodearon la muerte Joane a principios de octubre de 2017, ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, la que continúa en tramitación.

En noviembre de 2017, los familiares de Joane presentaron una acción por Ley Antidiscriminación en contra el Municipio de Lo Prado, representado por su alcalde, Maximiliano Ríos Galleguillos, y también de la Dirección de Desarrollo Comunal (Dideco). Esta acción se sustentaba en la existencia de discriminación por el actuar municipal, que se calificó como desproporcionado, y de una falta de consideración a la situación de vulnerabilidad de Joane y su hija. Se solicitó (i) condenarlos al pago del máximo de la multa establecida por la Ley N° 20.609; (ii) adoptar todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, solicitando especialmente (iii) la publicación de la sentencia que acoja esta acción en la página web del municipio; (iv) la petición de excusas del alcalde a la familia y a la comunidad haitiana residente en Chile; (v) el inicio de una investigación sumaria en el municipio para establecer responsabilidades administrativas; y (vi) como garantía de no repetición, la capacitación de los funcionarios de la I. Municipalidad en interculturalidad y derechos de las personas migrantes.

El 5° Juzgado Civil de Santiago dictó sentencia el 2 de enero de 2019, estableciendo que:

“por la muerte del responsable”.

26. Defensoría Penal Pública. Tribunal declaró póstumamente la inocencia de Joane Florvil. http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/8181/tribunal-declaro-postumamente-la-inocencia-de-joane-florvil

27. 5° Juzgado de Garantía de Santiago. RIT 3460-2017. Certificación de fecha 3 de diciembre de 2017. Su tenor es el siguiente: “Que, las partes no ejercieron sus derechos de recurrir contra la resolución dictada en audiencia del 22 de noviembre de 2017, que resolvió decretar el sobreseimiento definitivo de la presente causa en virtud del art. 250 letra a del CPP”.

“[...] ante el acercamiento a una dependencia municipal, de una mujer extranjera que no habla el idioma español, la respuesta entregada fue derivarla a otra dependencia.

Que, por consiguiente, considerando que en dicho lugar funciona el Departamento de Prevención y Promoción Comunitaria, integrado entre otras, por Centro de la Mujer, oficina de protección de la infancia 24 horas, de pueblos originarios, Senda Previene, es decir, que se trata de una repartición municipal, dedicada precisamente a brindar apoyo a la comunidad, a juicio de esta sentenciadora carece de justificación razonable que no se atendiera a Joan, como se hace con las demás personas que acuden a dicho centro y en vez de hacerla ingresar a las dependencias, a fin de poder buscar la forma de ayudarla, sea derivada a otro lugar, lo que además, tampoco pudo haber sido entendido por ella, si el guardia ya había notado que no hablaba español.

Así, se advierte que el trato diferente dado a Joan Florvil, otorgado por uno de los demandados, la Municipalidad de Lo Prado, fundado en su condición de extranjera que no habla el idioma español, constituye un acto discriminatorio motivado por la nacionalidad e idioma, que ha causado una privación y perturbación en el ejercicio legítimo de la igualdad ante la ley y el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés privado establecidos en los numerales 2 y 14 de la Constitución Política de la República”²⁸.

Sobre la base de esta única vulneración identificada, el tribunal resolvió acoger parcialmente la demanda presentada por Ley Antidiscriminación, determinando “que ha existido discriminación arbitraria por parte de la Municipalidad de Lo Prado, en los términos establecidos en los considerandos 16° y 17°, y por consiguiente, no podrá ser reiterado, para lo cual deberá capacitar a los funcionarios en la atención de personas extranjeras que concurran a sus dependencias”. En el mismo sentido, condenó a la Municipalidad de Lo Prado al pago de una multa a beneficio fiscal por 20 Unidades Tributarias Mensuales.

Dicha resolución fue objeto de recursos deducidos por ambas partes ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago. La Municipalidad de Lo Prado argumentaba que los guardias no eran empleados municipales y por otro lado apeló la familia de Joane, instando por un reconocimiento más amplio de las conductas discriminatorias, tal como había planteado en su denuncia original. El 11 de julio el tribunal de alzada resolvió, por mayoría (2-1), confirmar la sentencia, pero teniendo en consideración

28. 5° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-34592-2017. “Gómez con Ilustre Municipalidad de Lo Prado”. Sentencia de primera instancia de 2 de enero de 2019, considerando 17°.

que “los guardias de seguridad de la Municipalidad demandada, detentan la calidad de subcontratados y no son funcionarios de dicho organismo”, declarando que se rebajaba el monto a pagar por concepto de multa a 5 UTM²⁹. El voto de minoría era de opinión de revocar el fallo por considerar que no se habían acreditado actos de discriminación arbitraria conforme exige la Ley N° 20.609.

Esta sentencia fue objeto de un nuevo recurso presentado por el municipio, con fecha 30 de julio de 2019, para ser conocido por la Excm. Corte Suprema de Justicia, el cual aún no se ha remitido a dicho tribunal³⁰. En otro orden de ideas, uno puede preguntarse si era necesario litigar *hasta las últimas consecuencias* –como hizo el municipio– por una multa a beneficio fiscal de 5 UTM y la obligación de capacitar a los funcionarios bajo su dependencia, y si no hubiera sido más fácil y más humano con la familia arribar a algún tipo de conciliación para terminar anticipadamente este litigio.

Por último, en abril de 2019 el Indh presentó una querrela criminal contra quienes resultaran responsables, en calidad de autores, cómplices o encubridores, por el delito consumado de apremios ilegítimos con cuasidelito de homicidio cometido en perjuicio de Joane Florvil, a fin de que se investigara lo ocurrido con ella en la comisaría antes de su ingreso a la Posta Central, lo que aún se encuentra en etapa de investigación.

De este modo, todavía deben aclararse muchas cosas respecto de lo que le sucedió a Joane Florvil, así como la seguidilla de acciones y omisiones que contribuyeron a la forma trágica en que terminaron sus días. En este sentido, resulta especialmente descorazonador lo expresado por Jean Telo Noël, médico haitiano y facilitador, quien pudo hablar con Joane en la Posta Central, sirviendo de traductor, y quien habría dicho: “Lo que más me afectó es que no me puedo defender porque no hablo español. Los haitianos nunca van a tener justicia en Chile”³¹.

3. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL: RAZA, GÉNERO Y CLASE EN EL CASO FLORVIL

El trato sufrido por Joane, al menos hasta ser hospitalizada, no tiene nada que envidiar a la obra *El Proceso* de Kafka. Ella sufrió discriminación por múltiples

29. Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 953-2019 (Civil). Sentencia de 11 de julio de 2019.

30. Hay interpretaciones que señalan que no es procedente el recurso de casación en esta etapa, la cual parece más correcta conforme los artículos 13 y 14 de la Ley N° 20.609.

31. Citado por Vargas (2018), p. 119.

motivos, que redundaron en una detención que no pudo entender y en la separación de su hija, lo que con seguridad influyó en el resultado final.

Si bien todavía no ha podido establecerse en forma fehaciente que su muerte se haya debido a los tratos sufridos en la comisaría, lo cierto es que si hubiese sido escuchada, probablemente no habría sido separada de su hija ni detenida, y –aun cuando sufriera de un malestar congénito que causara su muerte– seguramente hubiera pasado esos últimos días con sus seres queridos, especialmente con su hija y su pareja.

El trato que le fue prodigado estuvo relacionado con su condición extremadamente vulnerable al ser una mujer migrante, afrodescendiente, que no manejaba el idioma. Esto debemos vincularlo a la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, la cual es imprescindible para un análisis del caso y todas sus aristas.

La referencia al goce de derechos sin discriminación surge ya en la Carta de Naciones Unidas, precediendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos³². La importancia del mismo es tal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que este forma parte del derecho internacional general, que pertenece al dominio del “*jus cogens*”³³, vale decir, aquellas normas inderogables que no admiten acuerdo en contrario.

Y es en el contexto de la historia de la lucha antidiscriminación que el combate a la discriminación por motivos raciales originado en el derecho internacional de la postguerra tiene aún mucho que decirnos.

Aquí, el primer instrumento internacional a revisar será la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (Cerd, por su sigla en inglés)³⁴, que es el primer tratado de derechos humanos [del Sistema de Naciones Unidas] y el primero en abordar los derechos de un grupo específicamente identificado³⁵.

Solo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial los países tuvieron que responder por lo que hacían con su propia población³⁶, respetando una noción de

32. Shelton (2008), p. 17.

33. González Morales (2013), p. 428.

34. La Unesco, en 1951, basada en los conocimientos científicamente afianzados, descartó que entre seres humanos pueda hablarse de razas, por ser todas las personas de la misma especie. Con todo, dicha etiqueta aún sirve para referir todo tipo de discriminaciones inaceptables basadas en factores de orden biológico.

35. McBeth, Nolan, Rice (2017), 2ª ed., p. 234.

36. Nowak (2003), p. 16.

derechos humanos enraizada en la dignidad humana³⁷. A su vez, sobre la base de la experiencia de las atrocidades de la guerra se explica que este señero instrumento se hiciera cargo de aquellas formas de exclusión que podemos identificar de manera más clara con el criminal ideario de superioridad profesado por el nacional socialismo, la existencia de una jerarquía biológica entre los seres humanos³⁸.

Pero, desde luego, si esperásemos que toda manifestación del racismo fuera idéntica a la política sistemática del régimen nazi, verdaderamente la noción perdería utilidad práctica. Es por esto que la Cerd contiene el siguiente concepto de discriminación racial. Su artículo 1.1. señala: “1. En la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

La clave de este enfoque está en que además de proscribir aquellas distinciones que tradicionalmente identificaríamos como discriminación por motivos raciales, la Convención no solo se centra en aquellas actuaciones que persiguen menoscabar a otros (lo que además sería de muy difícil prueba). Este instrumento también prohíbe aquellas distinciones que tengan como “resultado”, es decir, como efecto o *consecuencia*, el resultado lesivo de anular o menoscabar el goce o ejercicio de derechos humanos en condiciones de igualdad, aun cuando no se haya querido causar este efecto, o que el actor no hubiera dimensionado las consecuencias de la conducta.

En doctrina, autores como Natan Lerner consideran “esta definición lo suficientemente amplia como para incluir todos los actos discriminatorios, ya sean intencionales o no, y exitosos o no, siempre que exista el propósito o el efecto”³⁹. En el mismo sentido, la Convención especifica cuatro acciones, distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que busca abarcar todos los aspectos de la discriminación de esta especie⁴⁰.

El órgano encargado de supervisar el cumplimiento de este tratado, previa autorización de los Estados, es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual, en su última revisión a Chile, en 2013, señaló lo siguiente: “El

37. Para un desarrollo del concepto de dignidad humana y sus (posibles) usos en la teoría constitucional, véase Álvez (2017), pp. 60-68.

38. Véase el estudio introductorio crítico de E. Raúl Zaffaroni en la obra de Binding y Hoche (2009).

39. Smith (2016), p. 205, siguiendo a Lerner. La traducción es nuestra.

40. Ibid.

Comité reitera su preocupación porque los migrantes, particularmente los de origen latinoamericano, continúan enfrentándose a discriminación y obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Además, nota con preocupación que ciertos medios de comunicación califican a los migrantes con prejuicios y estereotipos⁴¹.

Nada nuevo bajo el sol lo que debe ser un continuo llamado de atención, en especial cuando situaciones de este tipo se siguen repitiendo. También llama la atención que la Cerd no fuera empleada por los tribunales como estándar a la hora de interpretar la Ley Antidiscriminación y el alcance de las acciones llevadas a cabo. En este sentido, es posible coincidir con lo resuelto por el 5° Juzgado Civil de Santiago, que afirmó que procedía acoger la acción antidiscriminación en contra del municipio puesto que, de acogerse su planteamiento, la tercerización de funciones implicaría la *irresponsabilidad* de un órgano del Estado, lo cual resultaría contrario al derecho internacional.

También, y en otro orden de ideas, se echa de menos que la institucionalidad, por la vía de sumarios internos u otros mecanismos (no necesariamente vía Ley Antidiscriminación), se hubiera dirigido también en contra de los funcionarios de Carabineros, quienes (i) inhibieron que Joane fuera contactada por los asistentes sociales del municipio y (ii) luego practicaron una *lectura* de derechos a una persona que no habla español.

Es cierto que el municipio actuó en forma razonable al informar sobre el hecho de que una madre hubiera dejado a su hijo, y también el haber alertado a la autoridad, pero la reacción a esta denuncia fue inadecuada.

En primer lugar, el proceder policial de considerar que esto necesariamente se trataba de un delito y evitar indagar razones con alguien que no hablaba el idioma y provenía de otra cultura, no parece una exigencia sobrehumana para las policías y los órganos administrativos, en paralelo a la búsqueda de protección provisoria de la niña. Por otro lado, la lectura de derechos a un detenido no puede considerarse un trámite meramente formal, ya que conforme al artículo 93, letra (a) del CPP, Joane debió haber sido informada en forma “específica” y “clara” de los hechos que se le imputaren, y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. También se ignoró totalmente el derecho de la imputada a ser asistida gratuitamente por traductor o intérprete en caso de no comprender el idioma del juzgado, conforme el artículo 8(2)(a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En los

41. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobados por el Comité en su 83° periodo de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013)*. CERD/C/CHL/CO/19-21, de 23 de septiembre de 2013 (original español), párr. 18°.

hechos, se restringieron los derechos de Joane Florvil, causando el efecto bien concreto de anular el goce o ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

Esta indefensión fue causada por su condición de extranjera, sumada a estereotipos sobre su supuesta calidad de *mala madre*, lo que le valió además una exposición pública principiada por la televisión estatal y rápidamente secundada por otros medios de comunicación, afectando su honra sin el más mínimo cuidado⁴²; escarnio público que probablemente no se haría respecto de un padre chileno. Esto se debe incardinar con la discriminación múltiple referida, y especialmente la idea de discriminación por motivos de género, en particular de las mujeres migrantes, los miedos, peligros, violencia sexual y de género y otros obstáculos que enfrentan⁴³.

En este contexto, los instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por su sigla en inglés) consagran en su artículo 2º un concepto de discriminación que también se basa en toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga “por objeto” o “resultado”, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos o libertades fundamentales, en cualquier esfera de la vida⁴⁴.

Debemos tener a la vista que una de las características de las migraciones contemporáneas que ha cobrado especial relevancia ha sido el constante crecimiento de la participación de mujeres. Aunque esta tendencia a la feminización se advierte desde la década de los 60, en los últimos años se aprecia un cambio en el patrón tradicional de la migración femenina, que ha pasado de uno “asociativo” (migración vinculada a un migrante titular masculino) a uno “autónomo”, pues cada vez más mujeres migran solas.

El aumento de mujeres en las migraciones ha puesto en evidencia la gravitación que puede tener el género en los fenómenos migratorios, en tanto dimensión constituyente de la identidad y elemento que históricamente ha tenido un poder ordenador y jerarquizador de las relaciones sociales⁴⁵.

42. Existe un derecho constitucional y convencional de rectificación, así Bustos (2017), p. 100, pero requiere ser ejercido por los interesados. El Consejo Nacional de Televisión tampoco sufre una política de responsabilidad y enfoque de derechos humanos de los medios de comunicación.

43. Maquieira D’Angelo (2018), pp. 91-93.

44. Este concepto, inspirado en aquel del Cerd, constituye hoy la aproximación básica respecto de la discriminación. Lo mismo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General N° 18, en relación a los artículos 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cfr. Shelton (2008), p. 26.

45. En este sentido, véase Godoy (2007), p. 42.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en caracterizar que los estereotipos de género son una de las causas (y consecuencias) de la violencia de género en contra de la mujer⁴⁶, y también ha señalado que los mismos son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que los Estados deben tomar medidas para erradicarlos⁴⁷.

Respecto de los casos de madres haitianas, los estudios empíricos consultados no entregan conclusiones precisamente alentadoras. En el caso de Joane, al ser una mujer que no hablaba español ni contaba con suficientes redes, aumentaron sus posibilidades de verse enfrentada a esta experiencia límite, y fue criminalizada por una conducta que habría resultado inesperada de parte una madre chilena, como fue salir a buscar un traductor dejando de lado a su hija.

Por último, pero no menos importante, la forma de proceder respecto a la hija de Joane representa otra forma de discriminación. La Convención de los Derechos del Niño (en inglés, CRC) regula hipótesis estrictas de separación de los padres, siempre y cuando eso redunde a favor del interés superior del niño, lo que ha reiterado el Comité de los Derechos del Niño, que ha insistido en que las internaciones sean el último recurso⁴⁸. Sin embargo, lo que realmente ocurre en nuestro país es que tenemos muchísima institucionalización.

En el presente caso, la institucionalización de la hija de Joane fue inmediata, sin dar lugar a discutir otras alternativas que pudieran satisfacer el interés superior del niño (como la búsqueda de la familia). Desde luego, existen momentos en que para proteger la integridad de un niño, niña o adolescente es necesario actuar en forma *urgente*, incluso sin tener toda la información, pero en el presente caso encontramos una situación de afectación de derechos que pudo haberse aclarado mucho antes, con lo que se habría evitado que una niña de tres meses pasara tanto tiempo separada de su familia en un centro del Sename.

Por estas y otras razones, si bien reconocemos las necesarias investigaciones y las actuaciones correctas de quienes componen organismos como la Defensoría Penal Pública y el Indh para lograr el respeto de los derechos de Joane y su grupo familiar, es necesario que se investiguen y, en su caso, se establezcan (si las hubiera) las responsabilidades de funcionarios de Carabineros, de la municipalidad, del

46. Corte Idh. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

47. Corte Idh. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 302.

48. Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015 (versión en español), párr. 55.

Ministerio Público e inclusive, de la judicatura de familia, por el modo en que afrontaron el presente caso en relación a las obligaciones que derivan del derecho internacional de los derechos humanos. Sobre todo, es necesario que el Estado cumpla sus obligaciones generales de protección, promoción y garantía de derechos, para evitar que vuelva a ocurrir un caso como este, que, todo indica, dista de ser aislado.

Por último, este caso nos recuerda lo dicho anteriormente, a saber, que “las mujeres inmigrantes son quienes sufren más violentamente la embestida de las discriminaciones raciales en razón de su soledad de llegada, su color de piel, su habla o forma corporal, debiendo soportar humillaciones, insultos y sanciones de quienes las desprecian o las buscan como objetos de entretención o de abuso sexual”⁴⁹.

Pero agrega otra dimensión que debiera guiar nuestro entendimiento de la discriminación. No concebirla puramente por su intencionalidad, sino también por sus efectos sobre la vida y los derechos del otro, abarcando un amplio rango de conductas sociales, desde la indiferencia hasta la autocomplacencia de quienes, creyeron (creen) actuar bien y, sin embargo, contribuyen a perpetuar injusticias.

49. Tijoux (2016), p. 16.

REFERENCIAS

- Alessandri, Arturo. *Derecho Civil. De los Bienes*. Santiago, Zamorano y Caperán, 1937. 323 p.
- Álvez, Amaya. “Norma y tipicidad iusfundamental”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.). *Manual sobre Derechos Fundamentales*. Santiago, LOM, 2017, pp. 55-91.
- Ambos, Kai. *Nociones básicas del derecho internacional humanitario* (Trad. John Zuluaga). Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. 143 p.
- Binding, Karl y Hoche, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (Trad. Bautista Serigós), revisión e introducción E. Raúl Zaffaroni. Buenos Aires, Ediar, 2009. 97 p.
- Bustos, Francisco J. (2017). “Discursos de odio, racismo y discriminación: ¿puede hacer algo el derecho chileno?”, *Actual Marx*, N° 22, 2017, pp. 93-107.
- Bustos, Francisco J. (2016). “La expulsión de extranjeros en Chile: un análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos”, en Marcela Tapia y Nanette Liberona (Coords.) *El afán de cruzar las fronteras. Enfoques transdisciplinarios sobre migraciones y movilidad en Sudamérica y Chile*. Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad Arturo Prat - RIL, 2018, pp. 123-157.
- Cortés, Bárbara y Jara, Camilo. “Affaire Khlaifia et autres v. Italie: estándares del debido proceso aplicados al procedimiento administrativo de migraciones y expulsión”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 4, Núm. 8, 2015, pp. 239-253.
- Godoy, Lorena. “Fenómenos Migratorios y Género: Identidades Femeninas ‘Remodeladas’”, *Psyche*, Vol. 16 N° 1, 2007, pp. 41-51.
- González Morales, Felipe. *El sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. 495 p.
- McBeth, Adam, Nolan, Justine y Rice, Simon. *The International Law of Human Rights*. 2ª ed. Melbourne, Oxford University Press, 2017. 626 p.
- Maquieira D’Angelo, Virginia. “Derechos humanos de las mujeres y violencias. Reflexiones sobre movilidad, asilo y refugio”, en Almudena Cortés y Josefina Manjarrez (Eds.). *Género, migraciones y derechos humanos*. Barcelona, Ediciones Bellaterra – Serie General Universitaria, 2018, pp. 73-106.
- Melzer, Nils. *Derecho Internacional Humanitario. Una introducción general*. Ginebra, CICR, 2019. 385 p.

- Moraes, Natalia y Romero, Héctor. “La crisis de los refugiados y los deberes de Europa”, en Natalia Moraes y Héctor Romero (Coords.). *La crisis de los refugiados y los deberes de Europa*. Madrid, Catarata, 2016. pp. 35-54.
- Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003. 365 p.
- Shelton, Dinah. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 2008, pp. 15-39.
- Smith, Rhona. *International Human Rights Law*. 8ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2016. 436p.
- Tijoux, María Emilia. “Presentación”, en María Emilia Tijoux (Ed.). *Racismo en Chile, la piel como marca de la inmigración*. Santiago, Editorial Universitaria, 2016, pp. 15-18.
- Vargas, Nicolás. “El caso de la migrante Joane Florvil a partir del concepto de hospitalidad de Jacques Derrida”, *Nomadías*, 26, 2018, pp. 109-132.