

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERE-
CHOS
HUMA-
NOS
EN CHILE
2020**



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2020**

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2020**

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



ÍNDICE

Presentación:

Violencia y discriminación estructural: estallido social y pandemia desde un enfoque de derechos humanos	9
--	---

PRIMERA PARTE: RESPUESTA ESTATAL AL ESTALLIDO SOCIAL

INDH y el estallido social.	43
-----------------------------	----

Violencia policial desde el estallido social.	83
---	----

Respuesta estatal del sistema de justicia: obligación de prevenir e investigar violaciones a los derechos humanos.	119
--	-----

Amenazas a defensores y defensoras de derechos humanos y ambientales.	161
---	-----

Salud y crisis social en Chile: la conducta de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, la reacción de la institucionalidad sectorial y los aportes de la sociedad civil.	191
--	-----

SEGUNDA PARTE: EVALUACIÓN AGENDA SOCIAL Y PROMESAS BAJO EL PRISMA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.

Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Chile.	241
---	-----

La crisis social también es ecológica: una mirada desde el conflicto de las aguas.	279
--	-----

El modelo de relaciones laborales chileno: un cómplice de la desigualdad.	331
---	-----

No eran 30 pesos, eran 30 años: A 30 años de la ratificación de la Convención Internacional sobre derechos del niño. 367

Derecho a la educación: respuesta del Estado de Chile a sus compromisos con los estándares internacionales de derechos humanos. 415

Derecho a la salud y pandemia en Chile. 457

TERCERA PARTE: JUSTICIA TRANSICIONAL

¿Abrirán las grandes alamedas? Justicia, Memoria, y No-Repeticón en tiempos constituyentes 495

Bibliografía autores y autoras Informe 2020. 599

VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL: ESTALLIDO SOCIAL Y PANDEMIA DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANO

Lo que presentamos a continuación es una visión panorámica de un año excepcional donde se entrecruzan las movilizaciones sociales por una sociedad más justa, la violencia de las fuerzas de orden y seguridad con centenares de heridos y varios muertos, y las deficiencias del Estado que se han hecho aún más patentes ante la presencia de una pandemia.

Por estas razones, este es un año distinto, y por lo mismo nuestro *Informe* se estructura de manera diferente, a partir de capítulos que revisan la respuesta del Estado ante los hechos acaecidos desde el cierre de nuestro *Informe Anual* en septiembre de 2019. Esta introducción no solo intenta dar algunos esbozos de la situación nacional durante el año transcurrido –dando por conocido, en general, los hechos analizados en este *Informe*–, sino también mostrar algunas conexiones entre el *estallido social*, las demandas por mayor justicia social, y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, todo ello en un contexto de desafíos en tiempos de pandemia y en un escenario cambiante, producto de un proceso constituyente.

Nuestra preocupación como Centro de Derechos Humanos es que el ejercicio de los derechos humanos se materialice de mejor manera en una democracia, y por ello es fundamental que la sociedad, y en especial todo el aparato del Estado, asegure las condiciones para su robustecimiento. Ello difícilmente sucederá si se mantienen condiciones de desigualdad estructural que alimentan el descontento y el desprestigio de las instituciones.

1. UN AÑO DE CONFLICTOS SOCIALES, DE INCERTIDUMBRES, DE DESAFÍOS Y ESPERANZA

El *Informe* de Derechos Humanos sobre los hechos de 2020 está cruzado por un contexto excepcional. Lo que comenzó con una serie de manifestaciones, un *estallido social* desde el 18 de octubre, tuvo como preámbulo movilizaciones de distintos sectores por reformas relativas a derechos económicos y sociales, como No + AFP y, en especial, de

estudiantes secundarios rechazando la ley de “Aula Segura”, aprobada en diciembre de 2018, que permitía la expulsión inmediata de estudiantes de sus escuelas ante su eventual participación en actos que fueran catalogados de violentos. La subida del precio en 30 pesos del boleto para el tren subterráneo de la capital, la empresa de propiedad del Estado llamada Metro de Santiago, solo fue el catalizador del *estallido*, existiendo, antes del hecho puntual del alza del pasaje, todas las condiciones para que el malestar ciudadano se manifestara en cualquier momento. Finalmente, se hizo escuchar en cacerolazos, protestas callejeras y también en acciones violentas.

El segundo hecho que cruza este informe es la pandemia del Covid-19, que ha puesto de relieve los problemas estructurales de desigualdad que la vasta mayoría de la población vive en lo cotidiano. Un análisis de datos sobre permisos temporales para transitar en zonas de cuarentena –realizado por el grupo interuniversitario COES (Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social)– mostró que en las comunas de la zona oriente de Santiago, como Las Condes, Vitacura o Ñuñoa, las personas pedían permisos principalmente para pasear a sus mascotas, mientras que en las comunas del sector sur de la capital los solicitaban para llevar comida a cárceles o para asistir a funerales, los habitantes de las zonas que han sido más golpeadas por la mortalidad del Covid-19.¹ Si bien las cifras solo pueden indicar tendencias –porque no tenemos antecedentes sobre la sistematicidad con la que las personas tramitan los permisos en cada comuna, y no se ha podido realizar un cruce con los datos de movilidad real, o sea, los movimientos de las personas, por ejemplo, para asistir a ollas comunes o para realizar un trabajo informal–, está claro que la pandemia ha generado impactos más severos en las comunas más vulnerables, sean rurales o urbanas.

Ahora bien, alguien dirá que todo comenzó el 18 de octubre de 2019 con un centenar de estudiantes que se había organizado para evadir en forma simultánea el cobro del pasaje del Metro en distintas estaciones del tren subterráneo de la ciudad de Santiago. Este era un acto de protesta en contra del anuncio de un incremento de 30 pesos en la tarifa y el gobierno no lograba entender por qué la ciudadanía se sumaba en distintos territorios del país al descontento frente a un hecho que ocurría en Santiago. El manejo político del Ejecutivo ante las críticas por el alza de precios fue desafortunado: el ahora exministro de Economía, Juan Andrés Fontaine, llamaba a los pasajeros a levantarse más temprano para gozar de tarifas rebajadas y no tener que viajar en horario punta. Tiempo antes, el exsubsecretario de Redes Asistenciales, Luis Castillo, intentando explicar las colas de personas desde tempranas

1 COES, “Los permisos para salir de casa reflejan la desigualdad en Santiago de Chile”, Agencia EFE, 22 de julio de 2020.

horas para obtener un número en los centros de atención primaria del país, señaló que las y los usuarios lo hacían porque las filas propiciaban la interacción y la vida social. Mientras tanto, otro ministro del área económica ante el alza de algunos productos y servicios de primera necesidad invitaba a los ciudadanos a regalar flores por encontrarse entre las cosas que habrían bajado de precio.² Diez días antes del *estallido*, el Presidente Piñera había señalado que Chile era un oasis en América Latina.³ Es decir, nos encontrábamos ante un Ejecutivo completamente desvinculado de la realidad de millones de chilenos. La protesta social no era por los 30 pesos, sino el reflejo de un larvado descontento en lo social, en lo político y económico.

En este sentido, un reciente estudio de la Universidad de los Andes sobre las brechas de percepción de la élite chilena –empresarios, academia, líderes de opinión y políticos– sobre la desigualdad, es una muestra de aquello. Desde ese sector se percibe a Chile como mayoritariamente de clase media –un 57% de los chilenos pertenecería a esa clase– en circunstancias que los datos indican que solo el 20% de la población está en ese grupo socioeconómico, y que la vasta mayoría son pobres (alrededor de un 77%) pese al acceso a bienes de consumo bajo condiciones de crédito y endeudamiento, y que un porcentaje mínimo de un 3% está en la clase acomodada.⁴ La élite, a su vez, sobreestima la cantidad de personas afiliadas al sistema privado de salud (39%) –mientras que este corresponde a un 18%– y cree que un 8% de los sectores pobres están afiliados cuando, en realidad, no hay ninguno.⁵ Lo más llamativo es que entre los desafíos que perciben para una sociedad más justa se refieren a la educación y el empleo (43%), le sigue la igualdad de oportunidades (33%), y solo en último término creen que el problema radique en la redistribución de la riqueza (16%).⁶ En este contexto, hace pleno sentido la declaración del exministro de Salud Jaime Mañalich, quien se mostró sorprendido de que en algunas comunas de Santiago existiese tal nivel de pobreza y hacinamiento.⁷

La masividad de las manifestaciones y el hecho de que después se sumaran otros sectores de la sociedad, muestra una congruencia de las revueltas con distintas luchas y demandas sociales que ya se habían

2 La Tercera: “Subsecretario Luis Castillo asegura que los pacientes van temprano al consultorio porque es ‘un elemento social, de reunión social’”, 9 de julio de 2020.

3 La Tercera: “Piñera asegura que ‘en medio de esta América Latina convulsionada, Chile es un verdadero oasis con una democracia estable’”, 8 de octubre de 2020.

4 Círculo de Directores, Unsholster y Centro de Gobierno Corporativo y Sociedad U. de los Andes, *Percepciones de la élite sobre la desigualdad en la sociedad chilena*, octubre de 2020, p. 8.

5 *Ibid.*, p. 12.

6 *Ibid.*

7 La Tercera: “Mañalich reconoce que en un sector de Santiago ‘hay un nivel de pobreza y hacinamiento del cual no tenía conciencia de la magnitud que tenía’”, 28 de mayo de 2020.

presentado. Así, la población de otras ciudades del país se incorporó masiva y rápidamente dando fuerza a un proceso que duraría varios meses y que solo se logró apaciguar a partir del acuerdo institucional en torno a un proceso constituyente, en noviembre de 2019 y, posteriormente, con las medidas de confinamiento adoptadas a raíz de la pandemia Covid-19. Sin embargo, la violencia que acompañaba las manifestaciones pacíficas también fue inédita en democracia.

Es por ello que la estructura de este *Informe* es distinta a la de años anteriores. Mientras una primera parte describe y analiza la reacción de distintos órganos del Estado ante la violencia policial durante el *estallido social*, una segunda parte analiza varias de las demandas de la ciudadanía y muestra cómo los problemas de la “agenda social”, evidenciados nuevamente después, durante la pandemia, responden a un común denominador: la discriminación estructural por razones socioeconómicas, reflejo de la desigualdad histórica en nuestro país, que como sociedad no hemos aún logrado contrarrestar. Las esperanzas de una nueva Constitución, en gran parte, son las esperanzas de superar esta discriminación estructural. Está claro que no existe una varita mágica, y diversos cambios tampoco pueden esperar hasta que una nueva Constitución esté vigente, junto a las leyes adecuadas para esas imposterables transformaciones. Sin embargo, una nueva Carta Magna facilitará la posibilidad de cambios si pone la no-discriminación en el goce de los derechos humanos, especialmente de los derechos sociales, en el centro de su contenido.

Por último, como un país sin memoria repite sus errores, desde el inicio de la elaboración de nuestro *Informe*, en 2002, damos cuenta de la verdad, justicia y memoria de las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura y, en especial, las obligaciones de no repetición.

2. DEMANDAS SOCIALES Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Si bien es cierto que varias de las manifestaciones masivas fueron convocadas para exigir la renuncia del presidente de la República, el reclamo por reivindicaciones sociales y, posteriormente, la protesta contra la violencia policial, marcaron la agenda de las protestas pacíficas. En este sentido, las revueltas del *estallido social* representan un continuo de demandas anteriores, especialmente, por pensiones dignas, acceso a la salud, el derecho al agua, pero también por el derecho a la educación y a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

La agenda de las manifestaciones pacíficas fue una agenda por los derechos sociales. Su falta de protección y garantía debido a la insuficiente regulación del involucramiento de los privados en estos servicios genera importantes niveles de malestar, en especial, ante la evidente discriminación indirecta y estructural en estos ámbitos. Dicho fenómeno

ha sido destacado en *Informes* anteriores y también fue reportado en nuestro Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016, lo cual se ha visto reflejado en las recomendaciones que Chile ha recibido de parte de los órganos de tratados de derechos humanos.

Esta discriminación estructural se volvió a evidenciar durante la pandemia: un 65% de los hogares de los dos quintiles más bajos no alcanzaba a cubrir sus gastos durante la crisis sanitaria. Los integrantes en edad laboral de estos hogares también han perdido más frecuentemente su trabajo, realidad que ha afectado a casi un 40% de los hogares.⁸ Fueron los hogares de quintiles Q1 y Q2 los que redujeron más frecuentemente sus gastos en alimentación o salud.⁹ En el ámbito educativo, el Ministerio de Educación aplicó una herramienta del Banco Mundial y constató que un 73% de los y las estudiantes escolares del quintil 1 no tuvieron acceso a educación remota, mientras este porcentaje solo representaba un 11% en el quintil más alto.¹⁰ Estimando los efectos en la calidad de aprendizaje, “en el escenario A [cierre por 6 meses] los estudiantes podrían perder de un 15% (para el quintil más rico) a un 50% (para el quintil más pobre) de los aprendizajes que se producen anualmente al interior de las escuelas. Además, (...) en caso de que el cierre de escuelas se realice durante todo el año escolar (escenario B) la pérdida de aprendizajes oscilaría de un 64% a un 95% dependiendo del quintil de ingresos.”¹¹ No obstante estos impactos, la suspensión de clases alentada por los alcaldes y no por el gobierno central era correcta. A diferencia de otros países, especialmente europeos, el tamaño de las aulas, las distancias para llegar a las escuelas, el uso de transporte público serían factores de mayor riesgo de contagio entre sectores populares, con familias extensas (intergeneracionales y con importante hacinamiento) y con presencia de mayor morbilidad.

La discriminación estructural también se evidenció en la implementación de las reglas sanitarias. Los controles y la detención por faltas administrativas, por ejemplo, la infracción al toque de queda o la circulación durante la pandemia han afectado de manera diferenciada a distintos sectores de la población, y en especial luego de la dictación de la Ley 21.240 del 20 de junio, para penalizar de forma severa el incumplimiento a las restricciones sanitarias.¹² Las detenciones de los

8 Véase, Observatorio Social, Subsecretaría de Evaluación Social, *Encuesta Social Covid-19: Resumen Principales Resultados*, Ministerio de Desarrollo Social, PNUD e Instituto Nacional de Estadísticas.

9 *Ibíd.*

10 Véase, Centro de Estudios Mineduc, *Impacto del Covid-19 en los resultados de aprendizaje y escolaridad en Chile. Análisis con base a la herramienta de simulación proporcionada por el Banco Mundial*, agosto de 2020, p. 5.

11 *Ibíd.*, p. 10.

12 Mauricio Duce, “La ley penal como respuesta a la pandemia en Chile. ¿La panacea penal otra vez?”, *Criminal Justice Network*, 23 de junio de 2020.

vendedores ambulantes y luego su imputación por delitos contra la salud pública, bajo el artículo 318 del Código Penal, han tenido un impacto en los sectores más carenciados económicamente.¹³ La salida a trabajar en los espacios públicos no obedece a un capricho de las personas para violar las cuarentenas, sino a una necesidad vital, por lo cual la imputación masiva a estas personas podría bien caracterizarse como una forma de criminalización de la pobreza.

En ocasiones, el sistema de justicia penal también ha estado ciego a los impactos diferenciados de sus actuaciones mostrando resultados claramente absurdos. La aplicación de salidas alternativas para personas que infringieron las cuarentenas concurriendo a sus segundas viviendas, por ejemplo, en helicóptero, imponiéndoles multas bajas comparadas nada más con el precio de usar un helicóptero, versus aquellas personas que viven el día a día a partir de lo que ganan vendiendo en la vía pública y se les aplica una multa en un procedimiento monitorio, dinero que no tienen y cuya obtención es el motivo principal para infringir las restricciones.

La agenda social del gobierno, prometida o retomada como reacción al *estallido social*, fue de facto puesta en pausa una vez iniciado el proceso constituyente y posteriormente por efectos de la pandemia. Sin embargo, las obligaciones internacionales exigen que se avance progresivamente en la adecuación de la legislación interna a los compromisos internacionales y en la garantía de los derechos sociales. En este sentido, todos los órganos del Estado –y, en consecuencia, todos los sectores políticos en ellos representados– están vinculados por esta obligación, no solo el gobierno o los tribunales. Este avance no puede quedar supeitado a la finalización del proceso constituyente, por importante que este sea para lograr la plena garantía de los derechos humanos.

3. CRECIENTE VIOLENCIA SOCIAL EN TIEMPOS DE DEMOCRACIA

El uso de la violencia por manifestantes se ha visto lentamente acrecentado a lo largo de los años. La aparición masiva de grupos violentistas en manifestaciones pacíficas convocadas por estudiantes, por feministas, en la conmemoración del Primero de Mayo y, en menor escala, en el Día Internacional de la Mujer, se conocía antes del 18 de octubre de 2020. Aparecen grupos minoritarios que plantean la destrucción del sistema a partir de una violencia que han normalizado con colocación de bombas en lugares públicos, el envío de artefactos explosivos a distintas personas, el incendio de buses del transporte público, de instituciones financieras u otras. El último episodio ocurrido al cierre de este

13 Fernando Londoño, "El "efecto-cenicenta": la magia de una política de persecución penal contra ley expresa", *Criminal Justice Network*, septiembre de 2020.

Informe, un ataque a un centro de salud de la comuna de Puente Alto por una turba de personas, es un reflejo de aquello.¹⁴

Según cifras oficiales, los delitos de desórdenes, incendio, robo y receptación, cometidos en los dos meses posteriores al 18 de octubre, aumentaron en comparación con el mismo período del año anterior, en 837%, 700%, 266% y 196%, respectivamente.¹⁵ Se reportaron 10 estaciones de Metro quemadas completamente, 14 estaciones parcialmente quemadas, y 22 estaciones dañadas.¹⁶ Los daños totales a la infraestructura privada y pública se cifraron en entre 2.000 y 3.000 millones de dólares estadounidenses, por parte de las aseguradoras privadas, mientras el Ministerio de Hacienda los estimó en unos USD 1.400 millones.¹⁷

Otras formas de violencia se han ido instalando hace mucho tiempo y antes del *estallido social* creando una cierta normalidad que el Estado no ha abordado de manera eficaz. El uso de armas de fuego por bandas de narcotraficantes –en distintos sectores pobres de la capital y en otras ciudades en regiones– que se disputan los territorios sumando víctimas de las llamadas “balas locas”, no encuentra una reacción adecuada (preventiva y reactiva) del Estado de derecho. La violencia en las poblaciones no aparece en el centro del debate público. Solo cuando la violencia llegó a las movilizaciones sociales logró provocar una reacción transversal, fenómeno que debiera implicar un cuestionamiento importante a la eficacia de los canales democráticos de participación. Esto demuestra, a su vez, preocupaciones segmentadas conforme a quiénes son las principales víctimas de la violencia.

Así, se reporta que la violencia desde el *estallido social* aumentó el control de las bandas de narcotraficantes en poblaciones, generando una mayor vulnerabilidad entre sus habitantes y el aprovechamiento, por parte de esos grupos delictuales, de lazos de mayor dependencia de la población por medio de la distribución de cajas de comida a las familias que las necesitaran durante las cuarentenas o afectadas por el Covid-19.¹⁸ Algo similar se observó durante el *estallido social* cuando se distribuyeron alimentos luego de saqueos a supermercados.¹⁹

14 El Mostrador.cl: “Ministro Paris, alcalde Codina e Izkia Siches se suman al repudio por el ataque al SAPU de Puente Alto”, 15 de octubre de 2020.

15 PDI, *Gestión Labor Operativa PDI en el marco del estado de contingencia nacional 18/oct al 10/dic de 2019*, p. 10.

16 *Ibid.*, p. 8. Por su parte, Pauta reporta 7 estaciones completamente incendiadas y 18 parcialmente incendiadas, al 19 de noviembre de 2019, véase: Pauta.cl: “Las cifras del *estallido social*”, 19 de noviembre de 2019.

17 *La Tercera*: “Gobierno cifra en US \$1.400 millones los daños a la infraestructura desde el 18 de octubre”, 14 de enero de 2020.

18 T13.cl: “Alcaldesa de La Pintana: ‘El narco llega primero que el Estado en la ayuda’”, 24 de mayo de 2020.

19 El Mostrador.cl: “Narcobeneficiencia: cómo el hambre y la cesantía les abren el negocio a los traficantes en comunas vulnerables”, 20 de mayo de 2020; *La Tercera*: “Narcosaqueos: detienen a primer clan familiar con cajas de mercadería”, 17 de noviembre de 2019.

Mientras varias organizaciones mapuche se restaron de las manifestaciones del *estallido social*, indicando que eran “problemas chilenos” que se llevaban a la calle,²⁰ algunos comentaristas resaltaron la masiva aparición de banderas indígenas (principalmente, la bandera mapuche) en las manifestaciones. Sin embargo, es posterior al período álgido del *estallido social* y principalmente, durante la pandemia, cuando se pudo observar un incremento y un cambio en el tipo de atentados en las regiones de La Araucanía y del Bío Bío. Estos ya se producían con anterioridad, como hemos reportado en distintos *Informes*, pero durante el primer semestre de 2020 algunos ataques incendiarios afectaron la salud e incluso la vida de personas, sin que se conozcan hasta hoy los responsables.

Al mismo tiempo, la protesta del pueblo mapuche por sus derechos, por su reconocimiento constitucional y, en particular, por la titularidad de sus territorios, hoy ocupados principalmente por empresas forestales, ha sido reprimida de forma brutal, en especial cuando se producen ocupaciones de predios. El ejemplo más paradigmático es el homicidio, en noviembre de 2018, de Camilo Catrillanca²¹ y la implantación de pruebas en contra de comuneros que fueron detenidos durante la denominada “Operación Huracán”, por fuerzas especiales de Carabineros que habían sido entrenadas en Colombia.²² Durante todo el año 2020, civiles que recorren las carreteras de la zona en conflicto han sido atacados por desconocidos, estuvieran o no relacionados con las empresas forestales, diversas personas han sido lesionadas y, finalmente, tenemos homicidios sin que esté claro qué grupos participan de estos hechos violentos.²³ Los daños provocados por estos ataques no han sido solo materiales, sino que también han afectado la integridad física de las personas. Por otra parte, como consignamos en el capítulo sobre los derechos humanos de los pueblos originarios, se observaron, además, reacciones violentas y racistas en contra de los y las mapuche que se manifestaron a través de la ocupación de municipalidades.

La violencia instalada, en sus múltiples formas, es una situación grave que mina la democracia y que es más o menos reprochada por los distintos sectores políticos. Un discurso romántico de algunos sectores

20 El Mostrador.cl: “La lucha indígena: los oportunistas desesperados y los privilegiados impenitentes”, 5 de diciembre de 2020.

21 Véase, Antonia Rivas, “Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

22 Especial Ciper.cl: “Operación Huracán”, 2018.

23 Los datos proporcionados por la Multigremial de La Araucanía en su Barómetro de Conflictos con Connotación Indígena no definen la categoría “con connotación indígena”. Mientras la cantidad de delitos incluidos en el reporte aumentaron para la región del Bío Bío, bajaron considerablemente para la región de La Araucanía. La asociación de estos delitos a autores indígenas deberá ser realizada por tribunales.

de izquierda sobre el uso de la violencia para lograr transformaciones sociales en un contexto de democracia no permite ver los matices de cómo ella se expresa, previene o reduce. Tampoco sirve resaltar el discurso duro de la seguridad, que desatiende las injusticias más estructurales situadas en la base de estas formas de expresión violenta. La violencia policial, el uso de fuerza desproporcionada por parte de las instituciones de orden y seguridad, no puede ser la respuesta a la violencia generada por privados.

4. LA RESPUESTA DEL ESTADO ANTE LA VIOLENCIA: INEFICACIA Y VIOLENCIA POLICIAL

El Estado se enfrenta, ante la violencia por parte de privados, a una doble obligación que, al mismo tiempo, le llama a fortalecer su poder y a limitarlo. Así, tiene la obligación de proteger a la población ante la violencia de privados, pero debe respetar estrictos límites en el uso de la fuerza, evitando su utilización indiscriminada y desproporcionada por parte de los organismos encargados de mantener el orden público.²⁴ Tiene, además, la obligación de investigar todo hecho violento,²⁵ sea proveniente de privados o de funcionarios, debiendo asumir obligaciones de medios ante la violencia de privados y obligaciones de resultados (más estrictos) en relación con sus propias fuerzas de orden, para lograr la prevención de actos violentos.

Es obligación del Estado proteger a sus habitantes ante la violencia de terceros, particularmente, cuando esté en riesgo la vida o integridad de estos. El derecho internacional de los derechos humanos tiene un estándar de protección menor para la protección de la propiedad privada, en comparación con la vida y la integridad de las personas. Lo anterior se concretiza en el tipo de medidas que se debieran adoptar para la protección de la vida, en contraste a las que tienen que tomarse para proteger la propiedad privada. Sin embargo, cuando se trata de propiedad de subsistencia el deber del Estado de proteger aumenta. Finalmente, el Estado debe proteger los servicios públicos que permiten garantizar los derechos humanos como, por ejemplo, las instalaciones de agua potable para la población, el transporte público, la electricidad para los hogares, incluso si estos servicios son privatizados.

Idealmente, estas medidas son preventivas, de índole estructural y puntual. Esto implica que la política pública de seguridad, las estrategias, las tácticas y técnicas de intervenciones de las fuerzas del orden,

24 Véase el capítulo, Eduardo Alcaíno, "Violencia policial desde el *estallido social*", en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

25 Véase el capítulo, Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, "Respuesta estatal del sistema de justicia: obligación de prevenir e investigar violaciones a los derechos humanos", en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

no solo respondan a la obligación de respetar los derechos humanos en todo momento, sino, también, a una priorización con enfoque de derechos humanos. Si el Estado decide involucrar a las Fuerzas Armadas en algunas de estas tareas, ellas deben someterse, tal como las fuerzas policiales y de inteligencia, a protocolos del uso de la fuerza estrictamente proporcionales, siempre ocupando la fuerza mínima que pueda ser “necesaria en una sociedad democrática”. Asertos comunicacionales tales como la invocación de la palabra “guerra” para rotular la crisis social, no cumplen este propósito; tampoco la insinuación de intervención externa en el *estallido*, sin tener ninguna evidencia seria, provocando mayor desconfianza o xenofobia en contra de la población migrante. En el capítulo “Violencia policial desde el *estallido social*”, analizamos si los protocolos de uso de fuerza vigentes durante la crisis, y los reformados vigentes en la actualidad, cumplen con este propósito. Si no fuera así, el Estado debe asumir su responsabilidad por la falta de diligencia de los Ministerios respectivos, a los cuales les corresponde diseñar y aprobar estos protocolos.

Tal como hemos comentado, el uso de la fuerza no puede ser indiscriminado, debe dirigirse hacia quienes efectivamente ejerzan la violencia y emplearse de manera estrictamente proporcional. El uso de fuerza ante manifestaciones pacíficas está, en este sentido, prohibido.²⁶ Un ejemplo del maltrato a manifestantes fue la agresión por parte de un grupo de Carabineros a dos personas en Coquimbo, el 20 de octubre de 2020, por grabar las manifestaciones callejeras en esa ciudad. Además de la golpiza con golpes de pies, puños y bastones policiales, una de ellas recibió un disparo de perdigones efectuado por un capitán de Carabineros, quien está siendo investigado por acusaciones de tortura en esa ciudad.²⁷ Asimismo, hay grupos que merecen una especial protección durante las manifestaciones: los y las defensores de derechos humanos, el personal médico y quienes prestan primeros auxilios, y los y las periodistas. En este sentido, resultan especialmente preocupantes las situaciones de uso de fuerza que impiden el ejercicio de la función periodística.

Un ejemplo de aquello se dio durante la represión a un encuentro de 20 trabajadores en la vía pública, en la conmemoración del Primero de Mayo, cuando dirigentes sindicales desplegaron un lienzo en las cercanías de la sede de la Central Unitaria de Trabajadores. Allí Carabineros detuvo a 10 dirigentes y a un equipo de prensa de televisión que cubría la conmemoración.²⁸ Paralelamente, en Valparaíso, más de 20

26 CIDH, *Informe Protesta y Derechos Humanos*, 2019, párr. 104, p. 42.

27 Radio Uchile.cl: “Exiliados del estallido: Hostigamiento de Carabineros obliga a víctimas de violaciones a DD.HH. a pedir asilo en Canadá”, 14 de octubre de 2020.

28 Biobiochile.cl: “Detienen a 57 manifestantes en Plaza Baquedano: uno era positivo de COVID-19”, 1 de mayo 2020.

periodistas, fotógrafos y camarógrafos fueron detenidos,²⁹ hecho que representa una clara transgresión al derecho a la información. De la misma manera fue reprimida la manifestación pacífica llevada a cabo, en septiembre, por 200 TENS, técnicos/as en enfermería, para exigir ser reconocidos/as en el Código Sanitario.³⁰

La responsabilidad por el uso excesivo o arbitrario de fuerza –y, por lo tanto, de la obligación de investigar– es triple: primero, la responsabilidad administrativa del funcionario/a policial que se excedió; segundo, la eventual responsabilidad penal si el exceso es constitutivo de delito y, tercero, la responsabilidad institucional y superior jerárquica que existe bajo los supuestos de ausencia de control efectivo, de instrucciones específicas que no consideren la proporcionalidad del uso de fuerza, y/o las instrucciones generales que vulneren este principio. El patrón de lesiones oculares y lesiones corporales en el torso, las extremidades superiores y la cabeza, sufridas por docenas de manifestantes, no se podría explicar sin la segunda o tercera hipótesis. En el capítulo del presente *Informe* “Violencia policial desde el *estallido social*”, así como en el *amicus curiae* del Centro de Derechos Humanos, se analizan los protocolos vigentes en esta materia al momento del *estallido social* y coincidimos que en que fueron claramente insuficientes y violatorios del derecho internacional de los derechos humanos. Los protocolos requieren de la aprobación del Ministerio del Interior, razón por la cual la responsabilidad institucional por los errores en dichos protocolos existe, incluso, con independencia de hechos concretos que sean vulneratorios de los derechos humanos. También, en este ámbito, analizamos las respuestas del sector de salud, en especial, en lo que se refiere a su rol de constatar lesiones, resguardar la evidencia para posibles procesos judiciales que permitan reivindicar los derechos de las víctimas de la violencia policial y verificar los efectos sobre la salud de las personas por el uso de armamento menos letal.³¹

A lo largo de varios años se ha discutido una reforma a Carabineros, sin embargo, por distintas razones esta no ha llegado a puerto. A raíz del *estallido social* se convocaron dos comisiones de reforma, una por el Senado y otra por el Ejecutivo. La primera conocida como “Comisión para la Reforma” convocó a académicos/as, expertos y exautoridades de

29 Cooperativa.cl: “Colegio de Periodistas prepara denuncia contra Carabineros: Acusa represión a la prensa”, 2 de mayo de 2020.

30 El País.cr: “Carabineros reprimen marcha de trabajadores de la salud en Chile”, 5 de septiembre de 2020.

31 Véase capítulo de este *Informe*, María Gabriela Valenzuela, “Salud y crisis social en Chile: la conducta de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, la reacción de la institucionalidad sectorial y los aportes de la sociedad civil”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

gobierno además de un alcalde.³² Esta Comisión parte de un diagnóstico lapidario ante la ausencia de control efectivo de parte de las autoridades civiles desde 1990, mientras distintos gobiernos fueron aumentando el presupuesto de dicha institución, sin un sistema de control de parte del Ejecutivo y con las posteriores irregularidades financieras:

Durante todo el período democrático posterior a 1990 ha existido un déficit de conducción política de Carabineros de Chile, lo que se tradujo, por una parte, en una ausencia de dirección efectiva en materia de política pública y, por otra, en la inexistencia de mecanismos efectivos de control, monitoreo y evaluación del desempeño policial. La politización de los temas de seguridad -especialmente álgida durante los períodos electorales- y la buena imagen que detentaba la policía uniformada, condujeron a un sostenido aumento tanto de personal como de presupuesto institucional sin contar, en contrapartida, con un cuerpo de profesionales civiles especializados en la materia que pudieran asumir las labores de dirección, control y monitoreo de las acciones y programas que se desarrollaban.³³

Así, pese a que desde 2005 Carabineros está bajo la dependencia del Ministerio del Interior,³⁴ todo demuestra que no existe un control efectivo de las autoridades políticas sobre la institución. El propio presidente Piñera, a propósito de lo sucedido el 2 de octubre en el puente Pío Nono, cuando un adolescente cayó al lecho del río Mapocho al parecer empujado por un funcionario de Carabineros, entrega un mensaje equívoco al declarar que lamenta las violaciones a los derechos humanos, pero a reglón seguido, otorga un completo respaldo a la institución y a su director.³⁵ Este apoyo incondicional al director general de Carabineros eximiéndolo de su responsabilidad de mando durante la violencia más álgida de 2019, es clara cuando en cadena nacional Piñera señala que no hay razones para hacer valer la responsabilidad de mando ante esos acontecimientos, porque el general director habría hecho todo lo que estaba a su alcance “por asegurar que los protocolos se cumplan”.³⁶ Así, en el caso Puente Pío Nono la institución da de baja en forma inmediata al carabinero involucrado a raíz de una falta ad-

32 Comisión de Seguridad del Senado, *Propuesta de Reforma a Carabineros de Chile: Comisión para la Reforma, 2019*, p. 3.

33 *Ibid.*

34 Ley 20.050.

35 La frase exacta fue: “Quiero expresar mi más profunda condena y lamentar los hechos ocurridos”; y al mismo tiempo agregó: “nuestro más profundo respaldo a Carabineros de Chile”. Radiouc.cl: “Caso puente Pío Nono: Gobierno respaldó a Carabineros y rechazó la violencia”, 6 de octubre de 2020.

36 La Prensa Austral: “Piñera respalda al general Rozas: ‘Ha hecho lo humanamente posible por cumplir con su deber’”, 17 de diciembre de 2019.

ministrativa por el uso de una cámara propia, y en casos graves de tortura y pérdida de visión ocular producto de golpizas como le sucedió a Moisés Órdenes en Plaza Ñuñoa, pese a la investigación interna, se mantendría a los policías involucrados en servicio activo. De esta manera, habría criterios de responsabilidad individual del agente policial diferenciados y sin una clara explicación de estas medidas.

El Informe evacuado por el Contralor General de la República sobre la presunta responsabilidad administrativa de siete generales del alto mando de Carabineros también fue rechazado por el Ejecutivo, mientras la institución policial señalaba que pese al contexto de “extrema violencia”, Carabineros habría mantenido “el compromiso con la paz social y el orden público”.³⁷ Así las cosas, no se quiere hacer valer la responsabilidad administrativa ni de mando, con lo cual el actuar de los miembros de la institución queda bajo sospecha aumentando el descrédito de Carabineros.

Como afirma la Comisión por la Reforma a Carabineros, no se trata de la “modernización de la institución” que se plasma en un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo en marzo de 2020 sino de su reforma,³⁸ y que se intenta reflotar esa propuesta de modernización sin considerar que no da respuesta a las situaciones graves que detecta y recomienda cambiar la misma Comisión. En otras propuestas, esa instancia parlamentaria busca eliminar el carácter de policía militarizada para convertirla en una policía civil bajo una dependencia civil; mejorar sustantivamente el ingreso y proceso de enseñanza inicial con programas de educación continua; alentar la especialización, la paridad de género, y un sistema de retiro distinto al existente que posibilita la jubilación a los 20 años de servicio. Todos estos cambios asociados a modificaciones de la actual estructura política con la creación de un Ministerio de Seguridad.³⁹

A lo anterior se suman las irregularidades financieras que afectan desde el alto mando hasta carabineros y excarabineros de menor rango, que incluyen desde mal uso de las pensiones hasta fraudes en compras. Si bien el Presidente Piñera le pidió la renuncia al entonces general director de Carabineros Hermes Soto, –quien a su vez llamó a retiro a diez generales del alto mando–⁴⁰ queda al descubierto una crisis más estructural de la institución policial. Entre otras cosas, esto se puede apreciar, como señala la Comisión Reforma de Carabineros, en la par-

37 El Mostrador: “Sumario de Contraloría contra altos mandos por manejo de *estallido social*: Gobierno se cuadra con Carabineros e institución apela a contexto”, 11 de septiembre de 2020.

38 Comisión para la Reforma, op. cit., p. 4.

39 *Ibid.*, p. 11.

40 El Mostrador: “Hermes Soto sale por la puerta trasera: Piñera le pide la renuncia y ex director de Carabineros da de baja a 10 generales”, 20 de diciembre de 2018.

tipificación de miembros de esa institución, en manipulación de pruebas y ocultamiento de acciones policiales,⁴¹ como sucedió en el caso Ca-trillanca e incluso en el último incidente del 2 de octubre en el Puente Pío Nono.

En suma, la actuación de las fuerzas policiales se ha convertido en una seria amenaza para el respeto del Estado de derecho; estamos ante una policía que carece de legitimidad social según distintas mediciones que muestra el paulatino descrédito de la institución,⁴² todo ello cru-zado por situaciones de corrupción que se arrastran por muchos años. Esta situación exige que el poder político sea capaz de reaccionar en forma categórica, revisando y reformando las actuales condiciones ins-titucionales de Carabineros. Ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y políticas que correspondan.

5. AMENAZAS A DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

Desde hace varios años, nuestros *Informes* dan cuenta de situaciones preocupantes relativas a los defensores y defensoras de derechos huma-nos en su labor de protección y promoción. Ellos y ellas han estado en una situación de mayor vulnerabilidad durante el último año: reciben amenazas, golpizas y amedrentamientos, como el caso de una aboga-da que fue despedida de su trabajo por asistir a detenidos durante el *estallido social*.⁴³ Desde antes, se ha investigado la muerte de dos defen-sores sociales, quienes estuvieron en el centro de movilizaciones por la protección de derechos sociales y ambientales en distintos territorios. También nos hemos referido a la criminalización de la protesta social del pueblo mapuche, condenada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán.

Además, dirigentes de comunidades como Petorca han sido hosti-gados a consecuencia de su ardua lucha por el acceso al agua; y las y los defensoras/es de la zona de sacrificio Quintero-Puchuncaví por denunciar la contaminación ambiental de sus territorios. También está el caso de una vocera estudiantil secundaria cuya foto aparecía en los

41 Comisión para la Reforma, op. cit., p. 6.

42 Ibid., pp. 6-9.

43 Una abogada de ABOFEM, Asociación de Abogadas Feministas de la IV región, fue despedida de su trabajo luego que Carabineros, sin ningún mandato legal, informó a su empleador, a la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de su trabajo asistiendo a detenidos durante el *estallido social*, denunciado, entre otras, cosas que habría sido irrespetuosa con la policía y de haberse hecho pasar por abo-gada del INDH, todas falsas imputaciones. Ella logró un acuerdo en sede judicial por el despido vulneratorio, y la Corte de Apelaciones de La Serena acogió el recurso de protección que interpuso en contra de Carabineros, siendo confirmado el fallo por la Corte Suprema. Corte de Apelaciones de La Serena, *Fuentes con Carabineros de Chile*, rol 3915-2019, y rol 14922-2020 de la Corte Suprema. Comunicación personal con la afectada, 17 de octubre de 2020.

informes de inteligencia de Carabineros *hackeados* en octubre de 2019, donde figuraba participando en una manifestación de la organización Eco Social de Quintero frente al Ministerio del Medio Ambiente.⁴⁴ Durante el *estallido social*, Ana Piquer, directora ejecutiva de Amnistía Internacional en Chile, recibió amenazas y necesitó protección. El INDH presentó la denuncia en su nombre en noviembre de 2019, y fue contactada por la Brigada de Derechos Humanos el 8 septiembre de 2020 solicitando que ratifique la denuncia. La Brigada de la PDI le informó que recibió la orden de investigar recién en agosto de 2020, pese a que la orden había sido emitida en enero de ese año.⁴⁵

Para muchos no es claro quiénes son defensores de derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos, como se aprecia en el capítulo “Amenazas a defensores y defensoras de derechos humanos y ambientales”, da ciertas definiciones. Una de ellas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que se trata de “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional e internacional”.⁴⁶ En esta definición se incluye a profesionales, como los operadores de justicia, jueces, fiscales, abogados/as defensoras quienes a través de su función contribuyen a la realización del acceso a la justicia, ya sea investigando, litigando o juzgando. Algunos de ellos también se han visto afectados: hay fiscales que viven bajo amenazas y lo mismo ha sucedido con jueces.⁴⁷ La situación más reciente que se conoce al cierre de este *Informe* es la amenaza que afecta a la fiscal Ximena Chong, quien dirige la investigación de un joven empujado al Río Mapocho por un carabinero de Fuerzas Especiales, con presunta intencionalidad. La persecutora también está a cargo como fiscal –nombrada al efecto en las indagaciones de otros hechos vinculados a las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado desde el pasado 18 de octubre– en la Fiscalía Centro Norte.⁴⁸ Respecto de los funcionarios públicos, la calidad de su trabajo está supeditada a la evaluación objetiva que se haga de su desempeño y a la responsabilidad administrativa-funcionaria que tengan en el ejercicio de su labor, ateniéndose a su mandato, por lo tanto, no se permite usar dicha evaluación arbitrariamente para silenciar una voz crítica. De la misma manera, la calidad de defensor/a de derechos humanos que

44 Interferencia.cl: “PacoLeaks: Estos son los nombres y organizaciones que han sido vigiladas por Carabineros en los últimos meses”, 1 de noviembre de 2020.

45 Comunicación personal con Ana Piquer, 17 de octubre de 2020.

46 CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en la sociedad democrática*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 13.

47 Véase capítulo, Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, op. cit.

48 La labor que ha desempeñado en la investigación de estos hechos puede revisarse en el capítulo, Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, op. cit.

realizan los particulares no se relaciona con sus competencias y desempeño profesional que pudiera ser deficiente ante los casos concretos.

La obligación del Estado, a través de todas sus instituciones, es asegurar que los y las defensores/as estén protegidos en el desempeño de su labor. El Senador Iván Moreira ha relativizado la gravedad de la situación al señalar que es normal –o sería esperable– que la fiscal recibiera amenazas por lo que él califica de labor “politicada” en la investigación de graves delitos.⁴⁹ Esto se suma a las intervenciones políticas de la diputada Camila Flores respecto a las agresiones sufridas por el personal del Instituto Nacional de los Derechos Humanos.⁵⁰

Ha sido preocupante también que funcionarios/as y la sede del Instituto Nacional de Derechos Humanos hayan sido objeto de ataques durante las protestas, en algunas ocasiones por privados, después de las declaraciones de su director Sergio Micco que resultaban para algunos sectores como tibias frente a la pregunta de si las violaciones a los derechos humanos, desde octubre de 2019, eran o no sistemáticas. En otras ocasiones, funcionarios del INDH fueron agredidos por agentes estatales.

Este escenario da cuenta de una profunda crisis política y social en el rol que le compete a los defensores de derechos humanos.

Es el momento para que todos los estamentos políticos adviertan la gravedad de la situación. Es vital que el Ministerio Público sea proactivo y consciente en la investigación de las amenazas a dirigentes sociales. Como fuera ya señalado, recién en septiembre de 2020 el Ministerio Público se comunicó con Ana Piquer, de Amnistía Internacional, para que ratificara la denuncia que había realizado en noviembre de 2019.⁵¹

Los jueces también tienen un rol en asegurar la protección a los defensores de derechos humanos, entendiendo que una correcta investigación debe llevar a sanciones y evitar así la impunidad. Además, en Chile falta una normativa específica que proteja a los y las defensores según los estándares internacionales.

6. LA INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS

En el capítulo sobre institucionalidad de los derechos humanos contenido en este *Informe*, como también en anteriores, hemos dado cuenta de las debilidades de la institucionalidad relativa al tema.⁵² La creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos o de una institu-

49 El Mostrador, “Moreira sigue siendo Moreira: senador UDI califica como ‘muy normal’ las amenazas a la fiscal Ximena Chong”, 7 de octubre de 2020.

50 Véase el capítulo, Alberto Coddou, Tomás Vial, Vicente Aylwin, “El INDH y el *estallido* social”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

51 Comunicación personal con Ana Piquer.

52 Véase *Informe 2019*, pp. 449-476.

ción análoga, tal como fue sugerida en el Informe Rettig entregado en febrero de 1991, se produjo recién en 2009.

El surgimiento de esa institución está cruzado por nuestra historia social y política, y por lo mismo su existencia es resistida por algunos sectores. Esta tensión explica el sistema de nombramiento de sus consejeros que responde a criterios políticos –afinidades o afiliaciones partidarias– más que a la especialización y al conocimiento y trayectoria en la promoción o defensa de los derechos humanos de sus integrantes. Si bien conforme a los Principios de París las instituciones de derechos humanos deben contar con amplias atribuciones, nuestro INDH solo tiene algunas.

El actuar del INDH, durante el *estallido social* ha coincidido con la tarea que por mandato legal tiene, cual es la prestación de ayuda para documentar e informar a las autoridades sobre los abusos de los derechos humanos y llevar ante la justicia a quienes cometan violaciones de esos derechos.⁵³

Sin embargo, sus capacidades fueron sobrepasadas con creces por la masividad de las protestas desde el 18 de octubre y las violaciones a los derechos humanos que le siguieron. Como informamos en el capítulo correspondiente, si en 2019 hubo 3.800 investigaciones por violencia institucional, solo en los casi 6 meses transcurridos entre el 18 octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020, se abrieron 8.827 investigaciones penales por violencia institucional. El despliegue de todos y todas sus funcionarios/as a nivel nacional –visitando comisarías o centros de detención, hospitales, siendo observadores en las calles– mostró la importancia de contar con una institución independiente de los poderes del Estado que pudiera monitorear la situación y, además, entablar un diálogo político con el Ejecutivo, el Legislativo, el Poder Judicial y todos los órganos anexos a la administración de justicia.

El informe evacuado por el INDH en marzo de 2020 da cuenta de su labor, sin embargo, su efectividad en el ámbito judicial es menor dada la limitada capacidad de actuación de sus abogados/as, por limitaciones del mandato y, también, presupuestarias. Como se reporta en el capítulo sobre la institucionalidad de derechos humanos, la intervención como querellante del INDH muestra mayores índices de condena y menores de salidas alternativas en casos de apremios ilegítimos y de tortura. Sin embargo, la cantidad de querellas es tal que el INDH no da abasto para dar seguimiento a todas.

No obstante, la falta de una mirada común sobre el alcance de los derechos humanos, derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ha llevado al INDH a

53 ACNUDH, “Instituciones nacionales de derechos humanos: antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”, HR/P/PT/4/Rev.1, 2010, p. 24.

paralizarse en ciertos temas por la ausencia de consensos al interior del Consejo. Aquello es esperable, si consideramos que un amplio sector académico y político que hoy está “representado” en el Consejo, pertenece a sectores vinculados a la derecha que apoyó el régimen militar y cuyas visiones políticas, económicas o culturales dan cuenta de una comprensión limitada de los derechos humanos y de la igualdad. Así, hay consejeros que rechazaron abiertamente la aprobación de la ley de interrupción del embarazo en tres causales; una ley que solo se ajustó a los estándares mínimos de protección de los derechos humanos de las mujeres y en circunstancias de que los órganos de los tratados, desde 1999, venían conminando a que Chile modificara la ley. Pero también se observa rechazo al rol que debe cumplir el INDH frente a derechos económicos. Por ejemplo, tres consejeros, rechazaron la presentación de un *amicus curiae* ante el Tribunal Constitucional por la solicitud de inconstitucionalidad de diputados de la Unión Demócrata Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN) en la eliminación de un sistema de selección escolar por considerar, entre otros, que se vulnera la libertad de enseñanza de los establecimientos escolares.⁵⁴

Los desacuerdos internos en el Consejo y entre el Consejo y los profesionales del INDH se evidencian hace años, por ejemplo, en la ausencia o la limitación del alcance de ciertas temáticas en su Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Como señalamos en el capítulo sobre institucionalidad, las fuertes discrepancias han estado referidas a la reforma de Carabineros, a los derechos de manifestación pacífica y a la evaluación del comportamiento de empresas respecto al *due diligence* y su impacto en las comunidades, además de los derechos sexuales y reproductivos y los abusos sexuales en las iglesias. Todo ello, al punto que el Informe que se evacuó al final de 2019 fue elaborado con la colaboración de un equipo ad hoc contratado por el director del INDH.⁵⁵

Si el desafío del INDH ha sido jugar un rol significativo en esta crisis política y social, su diseño político-institucional lo puede llevar a la autodestrucción o la irrelevancia. Su debilitamiento eliminaría un importantísimo contrapeso en una situación crítica para el respeto y la garantía de los derechos humanos. La disyuntiva de aceptar las limitaciones internas, el debate de sus consejeros sobre la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, muestran las tensiones que socavan el fiel cumplimiento de su mandato, que se menciona explícitamente en los estándares internacionales en la materia. Para el INDH debió haber sido una buena noticia la visita *in loco*, pues le

54 Instituto Nacional de los Derechos Humanos, *Situación de los Derechos Humanos en Chile 2016*, p. 97.

55 Véase capítulo, Alberto Coddou y otros, op. cit.

permitiría contar con un importante aliado en el sistema regional de derechos humanos fortaleciendo su labor en la promoción y defensa de los derechos humanos en el país.

Por su parte, la aprobación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura en abril de 2019, el que se radicó en el INDH, se encuentra vigente desde octubre de 2019, ampliando el marco de prevención contra la tortura. Sin embargo, su lenta instalación y falta de empoderamiento en su rol se evidencia al no constatarse ninguna actuación ni declaración pública del Mecanismo por parte de las cuatro expertas que ya se encuentran designadas. Si bien es entendible que la instalación sea lenta, su función radica precisamente en la acción urgente ante la grave situación que vivió el país durante meses. Si ante una crisis de tal envergadura de graves violaciones no se vislumbra acción, el Mecanismo claramente está al debe, y esto podría ser una advertencia preocupante sobre su efectividad futura.

En el marco de la pandemia y sus efectos en la población privada de libertad, no se conoció que el Mecanismo haya efectuado visitas a los centros penitenciarios ni acciones relativas a supervisar las condiciones en que estaban esas personas o de sus traslados, no obstante ello ocurrió por parte del Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico, que visitó la ex Penitenciaría de Santiago, evacuando un informe que fue presentado en la Comisión de Derechos Humanos del Senado ante las autoridades de Gendarmería y la subsecretaría de Derechos Humanos, en mayo de 2020. No existe una página oficial ni información destacable en el portal del INDH, y menos aún se conoce si el Mecanismo cuenta con los recursos suficientes para su funcionamiento.

Finalmente, la Subsecretaría de Derechos Humanos jugó un rol que parecía subordinado a las definiciones del Ministerio del Interior y, en consecuencia, más enfocado en una defensa de las fuerzas policiales que en un discurso de derechos humanos a la luz del derecho internacional. No se le pide a un órgano ministerial la misma independencia que a la institución nacional autónoma de derechos humanos; sin embargo, se espera que haga oír la voz de su mandato en cuanto a las respuestas a la violencia policial y, también, respecto a las reparaciones por los daños sufridos por manifestantes, especialmente, las lesiones oculares que requerían atención médica y rehabilitación inmediata e independiente de la determinación de eventuales responsabilidades penales, y que hasta el cierre de este *Informe* aún no se han zanjado.⁵⁶ La subordinación a la vocería del Ministerio del Interior se evidenció en las respuestas a informes sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante el *estallido social*, particularmente, en la reacción

56 Véanse capítulos, Ricardo Lillo y Claudio Fuentes, op.cit., y María Gabriela Valenzuela, op. cit.

a los informes de Amnistía Internacional, en 2019, y recientemente, en octubre de 2020. Esta impresión se reiteró también hace poco en relación con el programa de reparaciones sobre el cual se pronunció el exministro Pérez, mientras el asunto debiera ser tratado por la Subsecretaría de Derechos Humanos. Además, el Estado aún no reconoce de manera clara las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el *estallido social*, cuando, en los días previos al 18 de octubre de 2020, en una nota ante las misiones diplomáticas extranjeras, omite cualquier referencia a ellas.

Ciertamente, es definición del gobierno cómo distribuir los pesos y vocerías ministeriales ante temas de derechos humanos –el derecho internacional no impone reglas estrictas sobre el punto, sino principios de verdad, justicia, y participación–, pero todos los órganos del Estado deben cumplir las obligaciones internacionales en materia de prevención, acceso a la justicia y reparaciones. En este sentido, el fortalecimiento del mandato y liderazgo de la Subsecretaría de Derechos Humanos y su alineación con los estándares internacionales de derechos humanos podrían contribuir a cumplir estas obligaciones, asunto que, hasta ahora, el gobierno no ha logrado.

7. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN FRENTE AL ESTALLIDO

Referirse a la verdad en el contexto de violaciones a los derechos humanos no es una revancha política, sino un acto necesario para el esclarecimiento de los hechos, ayudando a evitar la repetición de estos. Es también una forma de reparación para las víctimas. Lo aprendimos y estamos aprendiendo aún en relación con las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar en que aún Chile no logra satisfacer la verdad, justicia y reparación a las víctimas.⁵⁷

Es obligación del Estado, ante violaciones de derechos humanos, proveer acceso a la justicia –penal, administrativa y civil– y, *ex officio*, investigar, procesar y sancionar a los y las responsables, además, de asegurar la reparación integral de las violaciones. Las violaciones masivas, ocurridas principalmente entre octubre y diciembre de 2019, han puesto al sistema de justicia penal ante un desafío no visto desde el retorno a la democracia. Como indica el capítulo “Respuesta estatal del sistema de justicia: obligación de prevenir e investigar violaciones a los derechos humanos” de este *Informe*: “El tiempo transcurrido genera un contraste complejo, así, tal como nos indicó una entrevistada, estos

57 Véase capítulo: Cath Collins, “¿Abrirán las grandes alamedas? Justicia, memoria, y no-repetición en tiempos constituyentes”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

meses han sido una eternidad para las víctimas de las violaciones, pero para el sistema de justicia y las instituciones que lo conforman el tiempo transcurre de manera distinta. En efecto, las investigaciones están en curso, pero afectadas por una pandemia que desde el mes de marzo de 2020 tiene a gran parte de las instituciones del sector justicia trabajando desde sus hogares, con capacidades limitadas y respecto de la cual no hay duda de que ha afectado el funcionamiento normal de estas. Es entonces difícil en este momento evaluar de manera categórica el comportamiento de los organismos estatales; con todo a esta altura es posible afirmar lo siguiente: el sistema de justicia criminal frente a la pandemia hizo lo mínimo que se esperaba de él.”

Si bien el sistema de justicia penal no estuvo preparado para la avalancha de denuncias que recibió a partir del 18 de octubre, innovó –aunque, según muestra este *Informe*, más bien por iniciativa personal, no necesariamente institucional– en sus respuestas para realizar controles de detención, representación de imputados, e investigación de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, a septiembre de 2020, solo 28 de 466 agentes individualizados como presuntos autores de violaciones de derechos humanos han sido formalizados (un 0,4%), en comparación con 6.867 denuncias contra agentes estatales. Lo anterior no es resorte del Poder Judicial, sino del Ministerio Público, institución que lleva a cabo las investigaciones, formalizadas y sin formalizar y que define los tiempos en las formalizaciones de imputados.⁵⁸ Es claramente preocupante la falta de recursos y herramientas en el Ministerio Público para responder a la masividad de delitos que conllevan características de violaciones de derechos humanos. Otra preocupación es la ausencia, hasta el momento, de apertura de procesos por la presunta responsabilidad penal de los y las superiores jerárquicos, quienes podrían haber ordenado ciertos operativos, tácticas o estrategias de intervención o haber obrado con negligencia en su planificación, o prevención de las violaciones de derechos humanos.

Si bien la persecución penal es un elemento clave para el acceso a la justicia definido en el derecho internacional de los derechos humanos, no es el único. En este sentido, el Ejecutivo no puede escudarse en la postura de que solo a partir de pronunciamientos de los tribunales se podría hablar de violaciones a los derechos humanos. El Estado debe determinar y asumir la responsabilidad institucional y administrativa. La labor de la Contraloría al respecto es y será clave; sin embargo, aún no se ha indagado de manera suficiente en la responsabilidad institucional de los Ministerios.

En relación con las reparaciones por violaciones a los derechos humanos, especialmente, con lesiones importantes que requieren intervención

58 Véase capítulo, Ricardo Lillo y Claudio Fuentes, op. cit.

inmediata, estas se deben basar en la responsabilidad administrativa o institucional, no la penal que demora en establecerse y buscaría la indemnización por parte del agente policial. El Estado debe hacerse cargo de estas reparaciones. Mientras las responsabilidades definitivas no estén determinadas, el Estado puede considerar la respuesta como parte de sus prestaciones gratuitas de salud, sin embargo, sería una violación al debido proceso si se dilatará la determinación de responsabilidades institucionales y administrativas y, por lo tanto, la asignación definitiva de la reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En este sentido, estas reparaciones tienen, claramente, un carácter jurídicamente distinto que los subsidios otorgados a víctimas de violencia rural o a Pymes dañadas durante el *estallido social*.⁵⁹

Producto del paro de los camioneros, el gobierno activó un plan de medidas de reparación para enfrentar el apoyo a las familias de los conductores que fallezcan, o resulten con invalidez total o parcial superior al 70%, producto de delitos que sean calificados de terroristas, el apoyo económico a las víctimas, en especial la reposición de las máquinas de trabajo, entre otros.⁶⁰ El paquete de medidas tiene un esquema de lo que sería, en parte, una reparación integral. Las medidas fueron anunciadas con gran agilidad, no así, las reparaciones que proceden de violaciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado. Dichas medidas han sido criticadas por algunos sectores, pues precisamente dan cuenta de un trato diferenciado que se da a las víctimas dependiendo de quiénes sean los presuntos responsables.⁶¹

Otorgar pensiones de invalidez, como se propuso tempranamente por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a quienes sufrieron lesiones oculares, no resuelve la reparación integral a la cual las víctimas tienen derecho. Cabe recordar, que las lesiones oculares no fueron las únicas –hay muertes a manos de agentes del Estado, actos de tortura, además de lesiones de menor gravedad– que requieren una reparación de parte del Estado, independiente de si se encuentran o no los responsables materiales a través de procesos penales.

Hubo voces que llamaron –al considerar las violaciones ocurridas como violaciones sistemáticas de derechos humanos, juicio que hasta el momento no compartimos– a constituir una comisión de verdad sobre los hechos ocurridos. Ciertamente, la verdad es fuente importante de reparación societal y garantía clave de no-repetición. Sin memoria, la probabilidad de repetir los agravios se presume alta y se considera que

59 Véase, La Tercera: “Destinan \$ 1.400 millones para apoyar a 44 víctimas de la violencia rural”, 14 de agosto de 2020.

60 Véase el capítulo, Antonia Rivas, “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Chile”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

61 Biobiochile.cl: “Harboe califica como ‘escandaloso’ acuerdo por reparación económica del Gobierno con los camioneros”, 2 de septiembre 2020.

no se producen los cambios necesarios. La verdad judicial, en este contexto, es solo una parte de la verdad, y debe ser complementada por visiones más amplias que abarcan las raíces de lo ocurrido, por ejemplo, la discriminación estructural. Creemos que el Estado de Chile cuenta, en principio, con la institucionalidad para ello, a través de su Instituto Nacional de Derechos Humanos, su Congreso, y su inserción en el sistema internacional de los derechos humanos, además de una sociedad civil que podrá participar de la construcción colectiva de la verdad con enfoque de derechos humanos. Evitar el debilitamiento de estos órganos, sin embargo, será clave para poder responder cabalmente a las obligaciones de cesación de las violaciones, garantías de no-repetición y reparación integral. En este sentido, urge que el Estado fortalezca el INDH y se abstenga de toda actuación que pueda debilitar el rol, particularmente, del sistema interamericano de derechos humanos.

8. PANDEMIA, FUERZA MAYOR Y AGENDA SOCIAL POST-ESTALLIDO

La pandemia deja al descubierto los problemas estructurales de la desigualdad y la injusticia social que fueron foco importante de las manifestaciones después del 18 de octubre. El aumento del desempleo, de la pobreza, y de la cantidad de personas que viven en situación de calle o como allegadas,⁶² muestra que los avances hacia la eliminación de la pobreza en los últimos años no fueron sustentables, en el sentido que no se había logrado construir un sistema sólido de seguridad social sin discriminación. Las reformas al sistema de pensiones, a la salud pública y privada, y a una educación secundaria de calidad y sin discriminación, al sistema de acceso al agua y a la regulación ambiental, especialmente, de contaminación, siguen pendientes⁶³ aún a un año del *estallido social*. La pandemia no solo dejó al descubierto, sino profundizó las brechas.

Ciertamente, el retiro del 10% permitió una respuesta a las necesidades más inmediatas; sin embargo, el sistema de pensiones aún no ha avanzado hacia la “realización progresiva” del derecho a la seguridad social sin discriminación. La definición del reintegro estatal a los dineros que los y las cotizantes hayan retirado de sus cuentas de ahorro personal, pendiente en la agenda legislativa, deberá tomar en cuenta el principio de no-discriminación y, por lo tanto, diferenciar disímiles situaciones económicas de los y las afiliados/as. Así, no cumpliría con los estándares internacionales reintegrar en la misma proporción, con fondos públicos, el ahorro previsional de personas más aventajadas, en vez

62 Véase Informe SJM, Hogar de Cristo, Techo et al., 2020.

63 Véase Centro de Derechos Humanos UDP, *Insumos para el debate sobre nuevas políticas sociales para terminar con la discriminación estructural*, 2019.

de usar estos fondos públicos para la salud o la educación públicas.⁶⁴ Este es un punto de relevancia, cuando entre los sectores más aventajados pudieron acceder a estos ahorros para adquirir, por ejemplo, segundas viviendas, cambio o adquisición de automóviles o invertirlos en cuentas de ahorro más rentables.

Este *Informe* aborda algunos temas específicos, buscando mostrar el avance y las brechas en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en cada materia. Como las agendas sociales, después del *estallido*, fueron desplazadas por la pandemia abordaremos el impacto (inicial) en esas agendas, específicamente, en materia de salud y no-discriminación, trabajo, y agua.⁶⁵ Mostraremos cómo las dificultades estructurales en la garantía de los derechos sociales se agudizaron por la llegada de la pandemia. Así, mientras la emergencia sanitaria global constituye en alguna medida una situación de fuerza mayor excusando, eventualmente, el incumplimiento de las obligaciones internacionales, esto no se podría decir en relación con los elementos estructurales que han producido, desde mucho antes de la situación excepcional, fallas previsibles.

Desde abril, el gobierno mandó al Congreso varias iniciativas para paliar el impacto económico de la pandemia. Se pueden distinguir dos líneas: una de apoyo para personas y familias, y otra de apoyo para empresas. En la primera, están el Ingreso Familiar de Emergencia, el Bono Covid-19, el Préstamo Clase Media, el retiro del 10% de los ahorros previsionales en las AFP, que fue impulsado por el Legislativo y rechazado inicialmente por el Ejecutivo; el Plan Solidario de Conectividad, y la prohibición de cortes de luz y agua (no se incluye el gas) durante el estado de catástrofe, así como el pago de la deuda generada durante este período en hasta 12 cuotas posteriores. El IFE y el Préstamo de Clase media no son cumulativos,⁶⁶ y según economistas, los apoyos no se condicen con el costo de vida real en Chile.⁶⁷ En el segundo tramo, está la ayuda para pymes y empresas: el crédito Covid-19, el FOGAPE, la suspensión de pago de impuestos / deducible por inversiones Covid-19, y la Ley de protección al empleo que beneficia a trabajadores/as formales y las empresas. Desde una perspectiva de derechos humanos, el Estado debe adoptar todas las “medidas apropiadas” (Art. 2 PIDESC) para garantizar el mínimo vital para todas las personas, preferentemente, a quienes pertenecen a grupos vulnerables. Por lo tanto, a pesar de las necesarias consideraciones de sustentabili-

64 Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 16*, párr. 27. Presupuesto con enfoque de derechos humanos.

65 Véase capítulos de la segunda parte de este *Informe 2020*.

66 Ciper.cl: “Bono de \$500 mil: los ‘detalles’ de la ley que impiden a muchas personas cobrar el medio millón prometido a la clase media”, 12 de agosto de 2020.

67 Véase, Ciper.cl: Columna de Marco Kremermann, “Cuarentena con 100 ‘lucas’ y la dignidad de los hogares chilenos”, 12 de mayo de 2020.

dad del presupuesto, no podría excluir de antemano la deuda pública o el incremento de impuestos a quienes tienen más recursos, de la gama de medidas en discusión como, según declaraciones públicas, está ocurriendo. El Estado debe considerar, particularmente, la situación de personas pertenecientes a grupos vulnerables, por ejemplo, personas en situación de calle o que viven en campamentos. Así, se ha denunciado que habría municipalidades que no entregarían una cantidad mínima de agua potable a campamentos porque estos corresponden a tomas ilegales de terrenos.⁶⁸

Este *Informe* analiza el derecho a la salud desde dos perspectivas: primero, la respuesta del sistema de salud al *estallido social*⁶⁹ y, segundo, su respuesta a la pandemia, especialmente, en relación con ciertos grupos vulnerables.⁷⁰ Los capítulos deben mirarse en el contexto de los desafíos generales que se plantean en el sistema de salud: la privatización del segmento rentable de la salud, la ineficacia del sistema público y su necesidad constante de derivar al sector privado –con deficiente regulación de precios– para poder reducir las listas de espera; y la integración vertical del sector que implica problemas de colusión y protección de datos. Los proyectos de ley sobre la reforma de Fonasa, de enero de 2020, y sobre la reforma de Isapres, de abril de 2019, no cambian la estructura básica de este sistema ni de su financiamiento.

En respuesta a la pandemia, después de largos debates, se obligó al sector privado a la entrega de respiradores, la repartición de camas en forma centralizada (para el sector privado y público) y un tope para las prestaciones Covid-19,⁷¹ y la activación automática de la Ley de enfermedades catastróficas para el Covid.⁷² Por la emergencia, la lista de espera (AUGE-GES) se triplicó en tres meses (marzo-abril-mayo de 2020),⁷³ sin existir aún claridad sobre la tasa de sobremortalidad causada por enfermedades distintas o que no fueron provocadas por el coronavirus. Las propuestas del sector privado de eliminar esta lista de espera⁷⁴ deben evaluarse con enfoque de derechos humanos, en el

68 Véase capítulo, Javiera Calisto y Pía Weber, “La crisis social también es ambiental: una mirada desde el conflicto de las aguas”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

69 Véase capítulo, María Gabriela Valenzuela, op. cit.

70 Véase capítulo, María Belén Saavedra, “Derecho a la salud y pandemia en Chile”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

71 Véase, Ministerio de Salud: “Minsal fija precio máximo que pagará fonasa por derivación a clínicas privadas”, 15 de abril de 2020.

72 Superintendencia de Salud: “Gobierno anuncia que Isapres deberán activar en forma automática la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas durante la Alerta Sanitaria”, 5 de julio de 2020.

73 Véase, por ejemplo, Biobiochile.cl: “Por pandemia: Se mantiene lista de espera de casi 70 mil personas para prestaciones ges”, 22 de septiembre de 2020.

74 El Mercurio: “La fórmula de la ACHS para reducir la lista de espera de operaciones no GES en el sistema público de salud”, 16 de febrero de 2020.

sentido que Chile aún está al debe, por ejemplo, en la regulación de aranceles máximos por prestación y en la definición de las prestaciones consideradas necesarias/cubiertas en cada tipo de enfermedad, para hacer un uso eficiente del presupuesto público.

Finalmente, en el contexto del alto costo de medicamentos y el futuro acceso a la(s) vacuna(s) contra el Covid-19, es fundamental no perder de vista la regulación de propiedad intelectual y su inclusión en los tratados de libre comercio. Así, el Centro de Derechos Humanos, tal como otros, ha advertido que nuevos tratados de libre comercio como el TPP-11 o su enmienda, como la Modernización de Acuerdo Comercial entre Chile y UE, deben mantener la capacidad del Estado de adquirir libremente los genéricos y bioequivalentes necesarios para garantizar el derecho a la salud sin discriminación. De lo contrario, leyes como la Ley Cenabast de 2019 que logró rebajar/regular el costo de ciertos medicamentos también en las farmacias (Ley 21.198), o la futura ley sobre genéricos (Boletín 9914-11, sin urgencia desde el 22 de enero de 2020), muy probablemente perderían su posible impacto positivo.

Desde la perspectiva de algunos expertos, la pandemia y el *estallido social* nos sitúan en lo que denominan una *sindemia* que se refiere a “la interacción de múltiples agentes causales: condiciones sociales (pobreza, desigualdad, injusticia, conflicto social, desempleo), procesos ambientales (cambio climático, desastres socio naturales y ecológicos) y estados patológicos (comorbilidades entre enfermedades como depresión, diabetes e hipertensión que afectan a muchos chilenos y chilenas) que potencian sus efectos negativos sobre la vida de los individuos y exacerban la carga de enfermedad en ciertos grupos de la población”.⁷⁵ En este sentido, la salud mental ha sido duramente afectada por la pérdida de empleo, sensación de inseguridad, miedo a la enfermedad e incertidumbre frente al contexto sanitario, social y político, todo lo cual se exagera con las condiciones específicas de grupos en situación de mayor vulnerabilidad. La población en Chile tiene importantes indicadores de estrés y depresión, por tanto, las medidas que apuntan a proteger la salud mental no pueden estar desvinculadas del mejoramiento de las condiciones de vida para la población.⁷⁶ En otras palabras, el psicólogo o psiquiatra son importantes, pero al igual que el antidepresivo no son suficientes para resolver la desmejorada salud mental de la ciudadanía. Esta descripción corresponde a una violación del derecho a la salud física y mental.

Para la gran mayoría de la población en edad laboral, es el trabajo –independiente, asalariado, precario, informal– la actividad que

75 Ciper.cl: “Sindemia, la triple crisis social, sanitaria y económica; y su efecto en la salud mental”, 26 de junio de 2020.

76 *Ibid.*

permite satisfacer las necesidades básicas, incluso, acceder al goce de los derechos sociales como la vivienda, el agua, la salud, la educación y, ciertamente, a una pensión al término de la vida laboral. En este sentido, su afectación por el *estallido social* –en el caso de Pymes que han tenido que suspender sus actividades o quebraron– o por la pandemia, tiene un impacto altísimo. En el capítulo sobre el derecho al trabajo nos referimos al modelo de relaciones laborales caracterizado por su precariedad y un sistema libre de despido. La contratación temporal no exige ningún requisito de causalidad, pudiendo ser utilizada para la realización de labores permanentes y la subcontratación puede alcanzar incluso a la actividad o giro principal de la empresa sin límite alguno. La causal de necesidades de la empresa para poner fin a una relación laboral es la manifestación de un sistema de libre despido. En el *Informe 2019*, nos referimos a formas de trabajo precarizado bajo nuevas modalidades de contratación: la informalidad de los trabajadores “colaboradores” de los servicios de reparto a domicilio el cual sufrió un explosivo aumento durante la pandemia como una forma de sustento.⁷⁷ Los costos del trabajo son traspasados a los trabajadores quienes, sin medidas de seguridad laboral ni seguros de accidentes del trabajo, han permitido que la vida de muchos sea más segura durante la pandemia, pero a costa de la vulnerabilidad de estos trabajadores y trabajadoras precarizados. Ellos también se han manifestado públicamente y se esperan varias decisiones de los tribunales del trabajo sobre el reconocimiento o no de estos trabajadores como asalariados⁷⁸ y no como “colaboradores-emprendedores”. Al cierre de este *Informe*, el Juzgado de Letras de Concepción había declarado la existencia de una relación laboral condenando a la empresa Pedidos Chile Ya por despido injustificado.⁷⁹ Este sería el primer pronunciamiento sobre la materia. Mientras tanto, los alcaldes de Providencia, Las Condes, Vitacura y Lo Barnechea impulsan una iniciativa para que estos trabajadores paguen una patente comercial. Se esgrime por algunos como una medida de seguridad para los residentes de esas comunas contando con un empadronamiento de los repartidores/as, y, por otros, como un beneficio para los propios trabajadores,⁸⁰ pero ningún edil se ha referido a la precariedad laboral como una motivación para regular esa actividad.

77 A inicios de la pandemia, los datos indican que en Chile había más de 200 mil trabajadores que prestaban servicios a plataformas digitales. Macarena Bonhomme, Arturo Arriagada y Francisco Ibáñez, “La otra primera línea: COVID-19 y trabajadores de plataformas digitales”, *Ciper Chile*, 2 de abril de 2020.

78 Biobiochile.cl: “Situación laboral de trabajadores de delivery en Chile se abre a debate tras sentencia en España”, 27 de septiembre de 2020.

79 Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, *Arredondo Montoya con Pedidos Ya Chile SPA*, M-724-2020, 5 de octubre de 2020.

80 CNNChile: “Iniciativa busca que repartidores de delivery paguen patente municipal en comunas de la zona oriente de Santiago”, 10 de octubre de 2020.

Otro grupo altamente golpeado por los despidos producto del Covid-19 han sido las trabajadoras de casa particular, las que tienen un régimen especial de contratación y seguridad social, no pudiendo acceder en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores asalariados. De hecho, según estimaciones de uno de los sindicatos, el 60% de las TCP se encuentra sin una contratación formal, por lo cual ni siquiera estaban en condiciones de acceder al fondo de indemnización a todo evento.⁸¹

La discusión de una nueva Constitución Política abre la posibilidad de reconfigurar nuevas bases para las relaciones entre trabajo y la protección de los derechos humanos de las y los trabajadoras/es.

En total, Contraloría informó en julio que, en los primeros 7 meses de la pandemia, el Estado había desembolsado 1.700 millones de dólares en las medidas para enfrentar la crisis, incluyendo el gasto en salud, seguridad pública y control de cuarentenas, y los beneficios indicados arriba.⁸²

9. PROCESO CONSTITUYENTE

La contundente movilización social que se produjo luego del *estallido social* abrió la puerta a la posibilidad de un cambio constitucional. Sin el *estallido*, no estaríamos discutiendo durante este año y los meses venideros sobre un cambio constitucional, ya que el proceso anterior se abandonó después de la realización de cabildos constituyentes en 2016.⁸³ El proceso actual, por primera vez en la historia de Chile, será realizado con participación de la ciudadanía, y será paritario, es decir, con igual participación de mujeres y hombres en su elaboración, e incorporará, por primera vez, escaños reservados para los pueblos originarios. A solo días del cierre del *Informe*, conocimos el abrumador triunfo del “apruebo” en el Plebiscito Constitucional y de la opción “Asamblea Constituyente”. La votación por comuna en la ciudad de Santiago mostró gráficamente una demanda de la ciudadanía por cambios conforme a su condición socioeconómica.

Chile vive momentos históricos, y las amplias demandas de cambios constitucionales son levantadas por distintos sectores que se preguntan, por ejemplo, cómo debe proyectarse el cambio constitucional desde una perspectiva de justicia de género.⁸⁴ En este *Informe* solo relevaremos el rol del derecho internacional de los derechos humanos en

81 El Mostrador: “CuidaAQuienTeCuida: la compleja situación que enfrentan las trabajadoras de casa particular en tiempos de pandemia”, 19 de junio de 2020.

82 Véase, por ejemplo, Biobiochile.cl: “Sólo detrás del Minsal, Contraloría revela que Carabineros y Gendarmería lideran gasto Covid”, 29 de septiembre de 2020.

83 Véase, “Síntesis de resultados de la etapa participativa del proceso constituyente abierto a la ciudadanía”, 2015.

84 El Mostrador: “#ConstituciónConGénero: 18 connotadas profesoras lanzan libro gratuito para pensar en una Constitución con perspectiva de género”, 5 de octubre de 2020.

una nueva Carta Fundamental, y cómo a nuestro juicio los tratados internacionales de derechos humanos deben quedar incorporados.

Los derechos humanos están reconocidos en los tratados internacionales sobre la materia que Chile ha ratificado. En este sentido, existe un compromiso internacional que una nueva Constitución no puede ignorar. De hecho, el Acuerdo de noviembre de 2019 reconoció como limitante expresa a la “hoja en blanco” los tratados internacionales vigentes.

La actual Constitución incorpora el derecho internacional de los derechos humanos a través de su artículo 5º inciso 2º, pero la interpretación de este artículo ha sido controvertida en relación con la jerarquía normativa que se le otorga a los tratados internacionales; en relación con la auto-ejecutabilidad de las normas que sería necesaria para poder invocar una norma convencional en un tribunal chileno; y en relación a un problema crucial: cómo interpretar “los tratados internacionales vigentes”, especialmente, si esta interpretación se realiza con o sin referencia a la jurisprudencia y la interpretación realizada por órganos internacionales de derechos humanos. Finalmente, nada se dice en la Constitución actual sobre la relación entre el derecho constitucional y las normas de *ius cogens* o del derecho internacional consuetudinario que protegen derechos humanos.

Estas lagunas tienen efectos directos en la protección de los derechos humanos que nuestro sistema constitucional actual logre proporcionar. Primero, a partir de la teoría del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía infra-constitucional de los tratados de los derechos humanos, pueden subsistir normas constitucionales, aunque resulten contrarias a un compromiso del Estado en un tratado internacional de los derechos humanos. En materias como las económicas (tratados de libre comercio, por ejemplo), la subordinación de esas normas específicas a las constitucionales se justifica porque son materias que, efectivamente, se regulan por leyes en el ordenamiento interno. No obstante, ese no es el caso para las materias que se consideran de importancia constitucional como, en este ámbito, los derechos de las personas naturales. Entonces, en un sistema coherente, los derechos consagrados en los tratados internacionales de los derechos humanos debieran estar incorporados con jerarquía constitucional.

Segundo, la teoría de la auto-ejecutabilidad de las normas proviene de un sistema monista donde el reconocimiento de las normas internacionales se da sin la necesidad de la incorporación de la norma internacional por el Congreso. Chile, sin embargo, es un sistema dualista donde toda ratificación de tratados internacionales depende de la aprobación del Congreso, y la respectiva incorporación de la normativa internacional a la interna. En este sentido, si una norma no fuera lo suficientemente detallada para ser recogida y aplicada por los tribunales del país, debieran crearse, en este momento de incorporación, los reglamentos

correspondientes para permitir la plena aplicabilidad de la norma y no una posterior limitación del compromiso internacional que sea contrario a la norma consuetudinaria, reconocida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. La nueva Constitución debiera proveer mecanismos que sean consistentes con el sistema dualista y prescindir de la importación de teorías que no son coherentes con este.

Tercero, para la protección y garantía de los derechos humanos tal como son reconocidos por Chile a nivel internacional, es clave la interpretación de estos en conformidad con la interpretación que se les da en el contexto internacional. De lo contrario, se crea una brecha artificial entre la garantía internacional que Chile ha asumido y la implementación a nivel interno, lo que resultaría en una elevada cantidad de denuncias en los órganos internacionales de los derechos humanos. La actual Constitución no hace referencia a la interpretación –tampoco la interpretación constitucional– y la tradición se focaliza en una interpretación formalista del derecho que está en claro contraste con las reglas de interpretación del derecho internacional público consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, en particular, las reglas y principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, reconocidos, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta interpretación utiliza como “medio auxiliar” la jurisprudencia de los órganos internacionales relevantes, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contrario a lo que la mayoría del Tribunal Constitucional actual considera la forma correcta de interpretar los tratados de derechos humanos (los incorporan sin las reglas de interpretación del derecho internacional). Para paliar este problema, varios países reconocen la interpretación conforme (con el derecho internacional o el derecho internacional de los derechos humanos) en sus constituciones, reduciendo así las disonancias entre las lecturas internacionales y domésticas del derecho internacional de los derechos humanos. Esto permite también, resolver eventuales conflictos de interpretación entre distintas normas ratificadas en conformidad con el mismo derecho internacional.

Finalmente, el silencio de la Constitución sobre normas tan cruciales como las normas de *ius cogens* –de máxima jerarquía en el derecho internacional, de tal forma que no puede persistir acuerdo alguno en contra de ellas– no refleja el compromiso diplomático que Chile ha tenido con estas normas desde el retorno a la democracia.

Estos problemas deben resolverse, pero su solución no será suficiente para que la Constitución proteja cabalmente los derechos humanos, especialmente, los derechos sociales. No podríamos considerar que una cláusula de incorporación –considerada la idiosincrasia de la cultura legal y judicial chilenas– se pudiera ‘desacoplar’ de la definición del catálogo

de derechos humanos, ni de las determinaciones de la Constitución económica que pueden, en gran medida, facilitar o impedir el goce de los derechos humanos en concreto. Es así como el proceso constituyente da una oportunidad al país para finalmente otorgarles a los derechos humanos –particularmente, a derechos sociales hasta ahora no reconocidos como el derecho humano al agua y saneamiento, el derecho a la vivienda, pero también derechos solo parcialmente reconocidos como el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, o el derecho a la salud– la importancia que se merecen. Por lo menos el núcleo de estos derechos, definidos internacionalmente, debiera ser judicialable.

El derecho internacional no prescribe a los Estados qué modelo económico deben adoptar; tampoco si lo deben definir a nivel constitucional o legal. Sin embargo, el modelo que se adopte debe ser compatible con los derechos humanos y, ciertamente, facilitar su protección. En este sentido, la Constitución debe facultar y obligar a los órganos del Estado a regular el quehacer económico privado y público respetando y garantizando los derechos humanos. Se ha demostrado que la Constitución económica actual con su definición del Estado subsidiario no ha logrado este propósito, en especial, en relación con los derechos sociales y la privatización (discriminatoria e insuficientemente regulada) de su garantía. Ante el temor a que cambios al modelo económico conllevarían violaciones a los tratados de libre comercio, hay un argumento tranquilizador: estos mismos tratados de libre comercio están ratificados por países que han optado por modelos económicos con índices mucho más altos de redistribución y regulación, sin que se hayan declarado violados.

Finalmente, si una nueva Constitución no reconociera la prohibición de la discriminación, por las categorías “sospechosas” definidas en el derecho internacional y la Ley 20.609 –además del principio de igualdad– y, por lo tanto, la posibilidad de tomar acciones afirmativas a favor de grupos históricamente discriminados, la protección de estos derechos se encontraría con dificultades adicionales y podría quedar debajo de los compromisos internacionales que Chile ha contraído. En este sentido, Chile no estaría siendo capaz de eliminar la discriminación estructural y la desigualdad que, como argumentamos, está en la base del *estallido social* y hace que la pandemia sea tanto más difícil de sobrellevar para algunos que para otros, dependiendo de su situación económica.

Lidia Casas B. y Judith Schönsteiner
Santiago, 26 de octubre de 2020

**PRIMERA PARTE:
RESPUESTA ESTATAL
AL ESTALLIDO SOCIAL**

EL INDH Y EL ESTALLIDO SOCIAL

Alberto Coddou

Vicente Aylwin

Tomás Vial¹

1 Agradecemos la ayuda de las alumnas de la Facultad de Derecho de la UDP, Javiera Miranda y Daniela Cerón y del alumno Diego Antonio Hernández

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza la respuesta del Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, frente al llamado *estallido social*, concluyendo que pese a las tremendas exigencias que el dramático momento impuso, fue capaz de ejercer sus facultades, aunque tensiones internas y problemas de diseño institucional afectaron esa respuesta, levantando interrogantes sobre su futuro como la principal institución de DDHH del país.

PALABRAS CLAVES: institucionalidad de DDHH, Instituto Nacional de Derechos Humanos, violaciones de DDHH, estallido social.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende someter a evaluación, aplicando los estándares de derechos humanos pertinentes, el rol del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) con ocasión del denominado *estallido social*. Para ello, se utilizarán diversas fuentes que sirvan, de manera complementaria, para evaluar la acción del organismo que está posicionado institucionalmente para someter a escrutinio la acción estatal de acuerdo con estándares de derechos humanos. Se realizaron siete entrevistas a actores relevantes, cuya participación fue sometida a la aprobación del Comité de Ética en Investigación de la Facultad de Derecho de Universidad Diego Portales. En términos generales, el objeto del capítulo es contribuir a mejorar la capacidad de reacción que tiene la institucionalidad de derechos humanos en Chile para abordar situaciones sociales que involucran violaciones masivas de derechos humanos.

La institucionalidad de derechos humanos está compuesta por los órganos de la administración del Estado y por aquellos organismos autónomos cuya función esencial es participar de la creación de normas y políticas públicas relativas a derechos humanos, adecuar el ordenamiento jurídico chileno a los estándares contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, así como someter a evaluación el accionar estatal a través del ejercicio de variadas atribuciones legales. En este contexto, diversos organismos o entidades participan de la institucionalidad de derechos humanos de diferentes maneras, dependiendo de sus mandatos y atribuciones legales, y teniendo como marco general la obligación constitucional contenida en el artículo 5, inciso 2º, de la Constitución chilena.¹ Así, por ejemplo, varios órganos públicos han creado

1 Este artículo dispone que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

departamentos o unidades especiales dedicadas al tema de derechos humanos, como ha sucedido en el caso de Carabineros o Gendarmaría, que participan, en conjunto con los órganos autónomos, como el Ministerio Público o el INDH, en la institucionalidad de derechos humanos del país. En el contexto del presente capítulo, nos vamos a enfocar, principalmente, en el rol que cumplió el INDH durante el *estallido social*, y en los desafíos institucionales que tiene por delante.

Como toda la institucionalidad estatal, el INDH tuvo que trabajar al máximo de sus capacidades institucionales y operativas durante el *estallido social*. Sin embargo, considerando la masividad y visibilidad de las denuncias por violaciones a los derechos humanos, el rol del INDH adquirió un carácter especial, en tanto tuvo que desplegar sus capacidades y recursos humanos e institucionales para enfrentar situaciones cuya escala e intensidad no había conocido desde su creación y para las cuales, es probable, no estaba preparado.

En cuanto a los estándares de derechos humanos que servirán como parámetro de evaluación del rol del INDH, tomaremos como referencia lo que se ha señalado en versiones anteriores de este *Informe*.² En concreto, debemos referirnos al deber que recae sobre el Estado de Chile de crear leyes e instituciones adecuadas para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Este imperativo supone que el Estado debe realizar los esfuerzos por elaborar y consolidar los mejores arreglos institucionales posibles para cumplir con los compromisos suscritos ante la comunidad internacional de derechos humanos.³ Adicionalmente, con respecto a las instituciones nacionales de derechos humanos, es ineludible referirse a los estándares contenidos en los llamados “Principios de París”, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, y que han sido interpretados e implementados por una vasta experiencia nacional e internacional hasta la actualidad.⁴ En las diferentes secciones del capítulo, iremos haciendo referencia a documentos o fuentes que dan cuenta de cómo estos estándares han debido adecuarse a una práctica cambiante y a desafíos cada vez más importantes para Estados que enfrentan problemas acuciantes y demandas por proteger los derechos humanos

- 2 Ver Alberto Coddou, “Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile” en Jorge Contesse, ed., *Informe 2010*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 449-476; Alberto Coddou, “La institucionalidad de derechos humanos en Chile: el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Subsecretaría de Derechos Humanos y la política exterior de Chile”, en Francisca Vargas, (ed.), *Informe 2019*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2019, pp. 533-590.
- 3 Alberto Coddou, “Deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado, (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general*, Santiago, LOM, 2017, pp. 373-402.
- 4 *Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales* (Principios de París), aprobados por la Asamblea General en la resolución 48/134, del 20 de diciembre de 1993.

de diversos grupos, en contextos de alta complejidad social. En la actualidad, como esperamos quede claro en el desarrollo del capítulo, podemos hablar de una institucionalidad chilena de derechos humanos que ha avanzado de manera significativa en los últimos años, en cuanto a la expansión de sus capacidades y atribuciones para el cumplimiento de las obligaciones generales de respetar, proteger y promover los derechos humanos, pero que aún tiene algunas importantes tareas por delante. La crisis estatal gatillada por el *estallido social* constituye una oportunidad fundamental para reflexionar acerca de los desafíos que esta institucionalidad tiene a futuro, sobre todo considerando el rol crucial que compete al INDH.

A lo largo de este capítulo, iremos abordando los aciertos y desaciertos del INDH en su modo de reaccionar frente a la crisis masiva que tuvo lugar a partir de octubre de 2019. Como punto de partida, resulta sumamente ilustrativo lo señalado por un consejero de la entidad:

“El INDH reaccionó, no permaneció pasivo y la reacción visibilizó las formas de vulneración a los derechos humanos. Ejerció las funciones que tiene, pero creo que no es la reacción perfecta, hay una serie de cosas que se pudieron hacer con más claridad.”⁵

Aunque este consejero estima que el INDH no ejerció al máximo sus capacidades,⁶ lo cierto es que tuvo la aptitud de comunicar y visibilizar las violaciones a los derechos humanos, funcionando como un centro de monitoreo de lo que estaba pasando, recibiendo denuncias y haciéndolas visibles. Como se verá más adelante, el INDH pudo traducir muchas de esas denuncias en acciones judiciales, aunque no sin inconvenientes producto de sus propias limitaciones institucionales y financieras.

No obstante lo anterior, la persistencia en la interposición de acciones judiciales ha sido fundamental como mecanismo de producción de verdad. En este sentido, el INDH cumplió una formidable labor de investigación y recolección de datos. A este respecto, estimamos que el INDH se ajustó a los estándares fijados por los Principios de París,⁷ en el sentido de monitorear las situaciones de derechos humanos a nivel

5 Consejero 1, entrevista realizada el 14 de julio.

6 *Ibid.*

7 En los Principios se establece que las INDHs deberán estar facultadas para recibir denuncias y demandas y hacerlas llegar a las autoridades, entre otras.

nacional y de ejercer las atribuciones legales pertinentes.⁸ Si bien las facultades del INDH son limitadas en relación con la recepción, procesamiento e investigación de quejas individuales, en los hechos, ejerció fuertemente dicho rol. De acuerdo con los Principios de París, las instituciones nacionales de derechos humanos (INDHs) deben desempeñar sus atribuciones de la manera más amplia posible,⁹ siendo una de sus principales responsabilidades la protección de los derechos humanos, es decir, la prestación de ayuda para detectar e investigar abusos de los derechos humanos y llevar ante la justicia a quienes los cometan.¹⁰ Por otra parte, creemos que el INDH se ha ajustado a lo establecido por el Subcomité de Acreditación de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI, en inglés), en cuanto a que las INDHs, como órganos independientes e imparciales, deben desempeñar un rol especialmente importante al investigar las acusaciones de violaciones de manera expeditiva, minuciosa y eficaz.¹¹

Pues bien, la crisis social hizo emerger una serie de problemas y tensiones internas que aquejan desde hace tiempo al INDH, y que podrían tener algún vínculo con su capacidad de reacción, pero que, además, develan ciertos problemas de diseño y permiten abrir el debate sobre su arquitectura institucional de cara al proceso constituyente. En las secciones que siguen, se expone latamente cómo el INDH afrontó la crisis social y las dificultades, tanto intrínsecas como extrínsecas, que tuvo en dicho proceso.

En cuanto a la metodología ocupada para la elaboración del presente capítulo, haremos referencia a documentos institucionales relevantes —como los informes o cuentas de las instituciones públicas pertinentes y los informes de organismos internacionales—, a fuentes de prensa abierta, a entrevistas semi-estructuradas con diferentes actores de importancia, a documentos producidos por la sociedad civil, a la diversa literatura académica sustancial para el cumplimiento del objetivo general de este capítulo, así como a las peticiones de información realizadas. El capítulo no se limitará a reproducir la información que

- 8 La Ley 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, estipula, en su artículo 3, que le corresponderá a este (en lo pertinente): 1.- Elaborar un Informe Anual (...); 2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. 5.- Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia.
- 9 Según el artículo A.2 de los Principios de París, una INDH debería poseer “el mandato más amplio posible”.
- 10 ACNUDH, *Instituciones nacionales de derechos humanos: antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, pp. 24.
- 11 GANHRI, *Observaciones generales del Subcomité de Acreditación*, adoptadas el 21 de febrero de 2018.

ya está disponible en diversos documentos institucionales –sobre todo producidos por el INDH, que incluyen descripciones, análisis y estadísticas impresionantes para cualquier observador externo, y que dan cuenta de la magnitud de la crisis y de las tensiones que debió enfrentar la institucionalidad de derechos humanos–, sino que pretende indagar en las causas más profundas de esos conflictos.

1.1 El contexto previo a octubre de 2019

Como ya se ha señalado en versiones anteriores de este *Informe*, el INDH ha sabido enfrentar diversas tensiones institucionales y contingencias que han puesto a prueba su autonomía y su capacidad de realizar adecuadamente el mandato legal que está obligado a cumplir. Transcurridos diez años desde su creación, el INDH se ha instalado como el principal órgano en materia de protección y promoción de los derechos humanos, con una alta visibilidad e importancia para la opinión pública. Así, en el *Informe 2019* se indicó que el INDH se ha posicionado como la principal institución en materia de protección y de defensa de los derechos humanos de las personas, incluso por sobre otras instituciones, como el Poder Judicial o Carabineros, y a pesar de que sus atribuciones legales no son tan amplias como algunas INDHs en el escenario comparado.¹² No obstante, diversos conflictos internos que marcaron la salida de la anterior directora ejecutiva, Consuelo Contreras, y la llegada de Sergio Micco en su reemplazo, enfrentaron al INDH a cuestionamientos provenientes de diferentes actores de la vida nacional. Dichos conflictos fueron ilustrativos de una progresiva fragmentación al interior del Consejo del INDH, el órgano político encargado de tomar las decisiones fundamentales de la institución. Esto motiva a preguntarse por el tipo de problemas que se venía gestando con anterioridad al *estallido* y que pudiesen haber afectado la capacidad de reaccionar ante este desafío social de una escala y una magnitud que puso a prueba todos los engranajes institucionales del INDH.

Durante las semanas anteriores al 18 de octubre de 2019, el INDH había advertido diversas situaciones complejas desde el punto de vista de derechos humanos.¹³ De algún modo, levantó alertas tempranas y envió señales a todas las instituciones estatales en torno a la escala de los eventos que se sucederían posteriormente. Ello deja en evidencia el rol preventivo del INDH, en relación a las violaciones de los derechos humanos.

En esa línea, el INDH venía monitoreando algunas de las manifestaciones que tuvieron lugar en el Instituto Nacional, el emblemático

12 Alberto Coddou, *Informe 2019*, op. cit.

13 Entre ellas sus informes sobre violencia policial que, en ese sentido, fueron premonitorios. Ver en especial INDH, *Informe programa de derechos humanos función policial y orden público*, años 2016, 2017, 2018.

establecimiento educativo ubicado en el centro de Santiago. En la semana que comenzó el lunes 13 de octubre, el INDH había sido advertido de diversas violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios de Carabineros en contra de estudiantes secundarios, que durante esa semana habían estado llamando a “evasiones masivas” en el Metro de Santiago, y que culminaron con variados hechos de violencia el viernes 18 de octubre. En este sentido, un alto funcionario del INDH afirma que, con anterioridad a esa fecha, la institución se había constituido en las estaciones Salvador y Los Héroes, así como en distintas comisarías de la zona centro y algunas de la periferia de Santiago, dado que a esas alturas habían recibido denuncias de malos tratos y desnudamientos al interior de estos recintos.¹⁴ Durante las semanas posteriores, y hasta el comienzo de la crisis sanitaria en marzo de 2020, el trabajo del INDH estuvo enfocado principalmente en recolectar información y ejercer sus atribuciones legales con respecto a hechos relacionados con el *estallido social*.

1.2 El INDH ante los tribunales

De acuerdo con el “Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos”¹⁵ de marzo de 2020, el INDH interpuso –según los datos obtenidos desde el 17 de octubre de 2019 e ingresados hasta el 13 de marzo de 2020– un total de 1456 acciones judiciales, de las cuales 24 correspondieron a acciones de amparos y 1432 a querellas. Conforme a la información entregada por la Unidad de Protección de Derechos Legislación y Justicia (antes Unidad Jurídica y Judicial), dicha cifra se ha visto fuertemente incrementada a la fecha de cierre de edición de este capítulo, ascendiendo a un total de 2.066 las querellas presentadas.¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, la cantidad referida representa menos de un cuarto de las denuncias recibidas por el INDH, las que a la misma fecha se cifran en 8.831. En cuanto a su desglose, las querellas fueron interpuestas por los delitos de violencia innecesaria, lesiones, homicidio, tortura con violencia sexual y tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, siendo este último el delito que concentra la mayor cantidad de casos.

No obstante haber recibido miles de denuncias y haber interpuesto una gran cantidad de querellas –lo que de por sí representa un esfuerzo institucional encomiable–, el INDH se ha visto enfrentado a una serie de desafíos a la hora de realizar en forma efectiva su mandato legal, específicamente en la tramitación judicial de las causas iniciadas en

14 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo.

15 Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos, 2020, disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/04/Reporte-INDH-19-de-marzo-de-2020.pdf>

16 Cifra actualizada hasta el 18 de julio de 2020.

ejercicio de su legitimación activa. Como se verá, aun cuando el INDH ha desplegado al máximo sus capacidades y recursos humanos e institucionales, la masividad de las denuncias, la escasez de personal, el déficit presupuestario y la propia estructura y funcionamiento de diversas instituciones estatales como la Fiscalía, la Policía de Investigaciones y el Servicio Médico Legal, dificultan una respuesta judicial efectiva de parte del Instituto.

Antes de revisar cada uno de estos desafíos y evaluar la capacidad de reacción del INDH frente a ellos, cabe referirnos a la legitimación activa del INDH. Si bien el artículo 3 N°5 de la Ley 20.405 establece que le corresponderá al INDH deducir acciones legales ante los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia, además de interponer querellas respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, la doctrina ha entendido que dicha enumeración no es taxativa, sino meramente ejemplar.¹⁷ En efecto, en cumplimiento del mandato de promoción y protección de los DDHH emanado de su propia ley, así como de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, el INDH ha ejercido una competencia amplia, la que ha sido generalmente aceptada por los Tribunales de Justicia.¹⁸ No obstante, durante el periodo objeto de este estudio, es posible advertir que ciertos juzgados de garantía declararon inadmisibles algunas de las querellas por delitos comunes presentadas por el INDH en virtud de su falta de legitimación activa.¹⁹ En determinados casos, estas resoluciones judiciales fueron confirmadas por la Corte de Apelaciones respectiva.²⁰ Lo anterior permite afirmar que no existe un criterio unánime y que todavía subsiste una pugna entre dos interpretaciones del artículo 3 N° 5 precitado, a saber, una interpretación amplia que otorga primacía al rol de promoción y protección de los derechos humanos, y una interpretación restringida, que se enmarca en el tenor literal de la disposición.

17 Ver, por ejemplo, Raúl Letelier, "El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Gestión de su Auctoritas", en Javier Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, pp. 152-166.

18 Véase, entre otras: Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 29 de mayo de 2020, Rol de Ingreso 361-2020; Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 20 de mayo de 2020, Rol de Ingreso 227-2020. También, véase: INDH.cl: "Corte de Apelaciones de Santiago revoca decisión y declara admisible querrela del INDH por apremios ilegítimos", 25 de junio de 2020; INDH.cl: "Corte de Apelaciones de Santiago revoca decisión y declara admisible querrela INDH por apremios ilegítimos a joven que recibió perdigones en crisis social", 9 de junio de 2020.

19 Con fuerte preeminencia, el Juzgado de Garantías de Talca y el 1° Juzgado de Garantías de Santiago.

20 Particularmente, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte de Apelaciones de Talca. Véase: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, del 26 de mayo de 2020, rol de Ingreso 420-2020.

Con todo, el ámbito de competencia del INDH se ha ido delineando a través del establecimiento de criterios que permiten determinar cuándo debe intervenir judicialmente y que han sido progresivamente depurados y consignados en diversos modelos y protocolos de actuación judicial.²¹ En suma, la competencia amplia ya referida, permitió que el INDH presentara, en el contexto de la crisis social, querellas por delitos no contemplados en la Ley 20.405, como son los de lesiones graves y homicidio, entre otros. A mayor abundamiento y, en relación con este punto, cabe agregar que cuando el INDH propone la interposición de querellas por delitos no comprendidos expresamente en la Ley 20.405, la decisión debe ser sometida al Consejo de esa entidad. Sin embargo, en el contexto de las vulneraciones masivas de los derechos humanos durante el *estallido*, el Consejo, excepcionalmente, delegó esta facultad en la dirección del organismo para efectos de otorgarle mayor celeridad a la labor judicial del INDH.²²

En cuanto a los desafíos que debió afrontar el INDH en el contexto del *estallido social*, es preciso mencionar, en primer lugar, la insuficiencia de recursos humanos de la institución para cubrir la gigantesca carga de trabajo que se generó a partir del 18 de octubre, como consecuencia de denuncias de violencia policial en el contexto de manifestaciones, particularmente en el área jurídica judicial. En concreto, los funcionarios del INDH tuvieron que observar marchas, visitar comisarías y centros de salud, recibir y sistematizar denuncias (cuestión para la cual se habilitó un formulario online a partir del día 23 de octubre), recabar y sistematizar material probatorio. Todo lo anterior, además de redactar, interponer y tramitar acciones judiciales, entre otras funciones. Si bien algunas sedes regionales del INDH poseían experiencia en cumplir su mandato legal en situaciones de movilizaciones masivas, como asimismo conocimiento de los modos en que Carabineros ha operado en algunos casos para reprimir manifestaciones sociales,²³ existe consenso entre los funcionarios entrevistados en que uno de los más graves desafíos fue la escasez de personal. Esto se hizo más patente con el pasar de los días y el aumento exponencial de las denuncias. En tal sentido, cabe aludir, en particular, a la situación de las sedes regionales. En al menos diez de ellas los equipos están compuesto por cinco personas, de las cuales solamente dos son abogados, quienes tuvieron que desplegarse por los

21 Protocolo de intervención judicial y administrativa especializada en DESCAs, 2019; Protocolo de intervención judicial del INDH, 2017; Minuta sobre función judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.

22 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

23 Funcionario 2, entrevista realizada el 13 de mayo de 2020; y funcionario 4, entrevista realizada el 12 de mayo de 2020.

territorios efectuando labores de observación, además de cumplir la función de interposición de acciones judiciales en las respectivas regiones.²⁴

A causa de lo anterior, el INDH debió recurrir, a mediados de noviembre, a la figura de *abogados colaboradores*, esto es, abogados externos contratados a honorarios, cuyo fin es apoyar el área jurídica judicial por medio de la redacción, interposición, tramitación y seguimiento de querellas, llegando a contratarse 41 a fines de diciembre.²⁵ Cabe señalar que la contratación de los *abogados colaboradores* fue directa y no contempló ningún proceso de selección, cuestión que, si bien permitió reforzar el equipo del INDH de manera rápida y efectiva, no entregó las garantías de transparencia suficiente respecto de los criterios tenidos a la vista para sumarlos a la institución. De todas maneras, ese apoyo fue fundamental para poder sobrellevar el enorme caudal de denuncias y, en general, descomprimir la carga de los funcionarios de planta. Esta fue una de las estrategias que utilizó el INDH para hacer frente a la escasez de personal. De acuerdo con lo informado por la Unidad de Protección de Derechos, hasta el mes de abril del presente año el INDH contó con 35 *abogados colaboradores* para las sedes regionales, número que fue disminuyendo, primero, por la baja en la cantidad de denuncias y, luego, a causa de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 y el déficit presupuestario.²⁶ Actualmente, se mantienen 27 *abogados colaboradores*, los que son imprescindibles para sostener las acciones judiciales y cuya continuidad está condicionada al presupuesto disponible para el periodo 2020-2021. La falta de personal generará un problema gigantesco en la tramitación de las causas judiciales una vez que estén formalizadas y se requieran abogados que intervengan activamente en ellas. La tramitación adecuada del enorme caudal de querellas en curso será, entonces, un enorme desafío. Esta sobrecarga queda en evidencia en el capítulo sobre el análisis institucional del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, del presente *Informe*, donde se constata que, al 15 de septiembre de 2020, se habían interpuesto 2.499 querellas, de las cuales 2.329 se dirigieron en contra

24 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020; y funcionario 3, entrevista realizada el 22 de abril de 2020.

25 Según consta en el Acta N°522, del 6 de enero de 2020, hacia esa fecha se habían contratado 41 abogados colaboradores a lo largo del país. En dicha sesión se hizo presente que “no obstante, que, si bien la medida anterior resulta sumamente loable, en ningún caso será suficiente, habiéndose estimado que aún se requiere de un aumento de presupuesto considerable para mejorar y ampliar la plantilla legal”.

26 Según consta en el Acta N°549, de fecha 18 de mayo de 2020, los consejeros discutieron respecto del presupuesto del INDH y Mecanismo Nacional para la prevención de la tortura para el año 2021 y su eventual disminución en un 16,5% a causa de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, y la incidencia de este déficit en el área judicial.

Carabineros, 126 contra Fuerzas Armadas, 22 contra la Policía de Investigaciones, y una contra Gendarmería.²⁷

Otro de los desafíos que tuvo el INDH fue el de la sistematización de denuncias y recopilación de material probatorio, lo que ciertamente implicó una tarea de grandes proporciones, atendido el contexto de denuncias masivas y la escasez de personal. Para abordar este reto fue fundamental la articulación entre el INDH y la sociedad civil. En primer lugar, hay que destacar que muchas de las denuncias de vulneraciones de DDHH llegaron a través de organizaciones de la sociedad civil, así como también parte del material probatorio.²⁸ En este sentido, las distintas comunidades universitarias, conformadas principalmente por alumnos y docentes, cumplieron un rol trascendental en cuanto efectuaron un trabajo de sistematización de relatos, videos y fotos de las víctimas, lo que, además, se constituye en una valiosa fuente de material probatorio que podría ser, a juicio de un director regional, de gran utilidad frente a una eventual Comisión de Verdad.²⁹ Asimismo, esas comunidades cumplieron una labor de observación de comisarías y centros de salud de manera muy eficaz, atendida la capacidad de despliegue en terreno que poseen este tipo de grupos, y entregaron apoyo en la redacción y tramitación de acciones judiciales. Por otra parte, cabe destacar que hubo una fuerte colaboración con otros organismos de derechos humanos, con los cuales ya existía un vínculo previamente constituido, lo que permitió una fluida relación de cooperación en todos los ámbitos ya referidos.³⁰ En concordancia con lo anterior, el INDH reconoció que “las personas defensoras de derechos humanos han desempeñado un rol fundamental durante la situación de crisis que atraviesa el país. A través de organizaciones de la sociedad civil, grupos autoconvocados o de manera individual han ejercido labores de observaciones del actuar policial, de asistencia médica durante las manifestaciones, de monitoreo de las condiciones de detención en unidades policiales y de registro de personas heridas en centros de salud. Del mismo modo, han contribuido a informar y activar los mecanismos de protección de los sistemas internacionales de derechos humanos”.³¹

Finalmente, es preciso referir otra serie de desafíos que no dependen del INDH y relacionados a su vínculo con otros organismos del Estado que inciden, directamente, en el éxito de los procesos judiciales iniciados por la institución. El primero de ellos tiene que ver con la

27 Ver: Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, “Análisis institucional del Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

28 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

29 *Ibid.*

30 Funcionario 4, entrevista realizada el 12 de mayo de 2020.

31 Alberto Coddou, *Informe 2019*, op. cit., p. 66.

arquitectura institucional del aparato punitivo que no contempla fiscalías especializadas en derechos humanos dentro de la estructura institucional del Ministerio Público.³² Ello supone, según advierte un alto funcionario del INDH, un serio conflicto para los fiscales que deben perseguir eventuales delitos cometidos por funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, en la medida que son esas mismas instituciones policiales las que los auxilian en la investigación y persecución de los delitos comunes.³³ Lo anterior ha dificultado la investigación y sanción de casos de violaciones a los DDHH perpetrados por agentes del Estado, en particular, los cometidos por las policías. Según datos entregados por la Unidad de Protección de Derechos del INDH, en 2019, de los más de 3.800 casos por violencia institucional que investigó la Fiscalía, solo un 1,1% terminó con sentencias condenatorias, y un 70% de ellos finalizó con salidas alternativas. El conflicto de intereses, señalado previamente, se ilustra de mejor manera al comparar la tasa de sentencias condenatorias en casos de violencia institucional asumidos en forma exclusiva por el Ministerio Público con aquellos casos en que el INDH se hace parte. En estos últimos, el porcentaje de sentencias condenatorias aumenta en un rango de entre un 15% y un 20%.³⁴ ³⁵ Este es un dato muy relevante, ya que muestra la importancia de que el INDH participe de manera activa en los procesos judiciales por violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, llama fuertemente la atención que desde el 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020 se registraron 8.827 investigaciones penales por violencia institucional,³⁶ de las cuales en menos de un 1% Fiscalía ha decidido formalizar.³⁷ A ello se suma que el Ministerio Público ha

32 Cabe señalar que, no obstante, la inexistencia de fiscalías especializadas en derechos humanos, el Ministerio Público cuenta con una Unidad Especializada en Derechos Humanos, creada en 2017. Para conocer cómo funcionó esta Unidad durante el *estallido social* ver: Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, "Respuesta estatal del sistema: la obligación de prevenir e investigar violaciones a los derechos humanos", en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

33 Algo ya advertido en la investigación sobre casos de tortura. Ver para ello Sabrina Perret y Eduardo Alcaino, "La Tortura en Chile: estado actual desde la reforma procesal penal", en Tomas Vial (ed.) *Informe 2015*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015.

34 Según consta en el Acta N° 522, del 6 de enero de 2020, se realizó un análisis histórico de las querellas interpuestas por el Instituto desde su creación. De acuerdo con dicho análisis, la tasa de sentencias condenatorias en querellas impulsadas por el INDH es de 25% versus un 3% cuando los delitos son perseguidos por el Ministerio Público sin participación del INDH.

35 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

36 Fiscalía, Ministerio Público de Chile, *Cifras Violencia Institucional, 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020, Informe Unidad Especializada en derechos humanos, violencia de género y delitos sexuales*, 15 de julio 2020.

37 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020. Así también se constata en: Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, *Informe 2020*, op. cit.

determinado en muchos casos no perseverar, sin que se hayan cumplido las diligencias mínimas que se encuentran establecidas en el Instructivo del Fiscal Nacional respecto de la investigación de violencia institucional. En la actualidad, de acuerdo a los datos informados por la Unidad de Protección de Derechos, del total de querrelas interpuestas solo existen 25 formalizaciones. Precisamente por lo anterior, el director del INDH ha manifestado su inquietud señalando que: “Preocupa muchísimo el avance de las investigaciones de delitos asociados a la crisis social. La lentitud del sistema se ha transformado en nuestro mayor obstáculo [...] Si se mantiene la lentitud de las investigaciones, no tendremos ni verdad ni justicia al final de este Gobierno.”.³⁸ En el mismo sentido, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) consignó en su informe sobre la misión efectuada a Chile: “Preocupa a la ACNUDH el bajo número de formalizaciones contra presuntos autores de violaciones a los derechos humanos, pese al gran número de denuncias y acciones judiciales. Preocupa también la falta de información pública por parte de las fuerzas de seguridad sobre las acciones que han sido adoptadas para garantizar la rendición de cuentas.”³⁹

Sin perjuicio de lo anterior, varios altos funcionarios del INDH se refirieron a la existencia de una relación fluida y colaborativa con Fiscalía de Chile, lo que habría permitido gestionar eficazmente los asuntos relativos a las denuncias efectuadas por el INDH.⁴⁰ En tal sentido, existió contacto directo con los fiscales regionales, además de haberse llevado a cabo reuniones periódicas con las distintas fiscalías locales. Asimismo, en algunas regiones se designó un fiscal para que se hiciera cargo del contacto con el INDH y se dedicara exclusivamente a la investigación de los casos por violaciones a los derechos humanos. Como se advierte, no obstante la buena disposición que ha mostrado la Fiscalía, hay problemas que dificultan las investigaciones como, por ejemplo, el hecho de que las policías no se encuentren generalmente capacitadas en materia de derechos humanos o que la Policía de Investigaciones casi no cuente con equipos especializados para la investigación de la violencia institucional, disponiendo de una Brigada de DDHH que solo tiene presencia en Santiago.⁴¹ Esa voluntad de cooperación también fue

38 Emol.cl: “Sergio Micco: ‘Nos preocupa muchísimo el lento avance de las investigaciones de delitos asociados a la crisis social’”, 18 de julio de 2020.

39 ACNUDH, *Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*, p. 30.

40 Entrevistas funcionarios 1, 2, 3, 4.

41 Según consta en el Acta N° 522, del 6 de enero de 2020, los consejeros advierten que “una de las problemáticas con que deberá lidiar el INDH en sede jurisdiccional, es la falta de formación en DDHH de los operadores de justicia, incluyéndose dentro de estos últimos no solo a los magistrados y fiscales, sino también a los funcionarios del Servicio Médico Legal”.

destacada por los funcionarios en relación a la Defensoría Penal Pública, con la que, según explican, existió una comunicación permanente, en particular en procedimientos en comisarías⁴² y, en forma secundaria, en materia de audiencias de detención, en que el INDH ayudó a la DPP informando las circunstancias de las detenciones que observó.⁴³

Por último, es preciso referirnos a la falta de capacidad del Servicio Médico Legal para efectuar los procedimientos contemplados en el Protocolo de Estambul para la investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁴ Como ya señalamos, la mayoría de las querellas interpuestas por el INDH son precisamente por tortura, por lo que la operatividad del Protocolo de Estambul es fundamental para efectuar las pericias pertinentes a las víctimas de estos delitos, con el fin de poder acreditar la existencia de tortura. Pues bien, solo en un 22% de los casos de querellas por torturas se han realizado los procedimientos que contempla el Protocolo,⁴⁵ lo que se explica por dos factores: en primer lugar, porque son pocos los funcionarios capacitados para efectuarlos, y se encuentran radicados principalmente en Santiago; y, en segundo lugar, porque a raíz de la crisis sanitaria por Covid-19, el Servicio Médico Legal suspendió la realización de los procedimientos contemplados en el denominado Protocolo durante los meses de marzo, abril y mayo de 2020.

Todos los problemas y desafíos antes referidos dificultan la posibilidad de que, por medio de los procesos judiciales en curso, se esclarezca lo ocurrido y se repare a las víctimas, por lo que debe existir un especial esfuerzo interinstitucional orientado a alcanzar verdad, justicia, no impunidad y reparación de las víctimas.

1.3 Función consultiva y participación en atribuciones de las Cámaras del Congreso Nacional

Respecto a la relación entre el INDH y los otros poderes del Estado, se estudió la participación de esta institución en las diversas instancias que se dieron en el Congreso Nacional en los siguientes ámbitos: en el estudio de leyes de la llamada Agenda de Seguridad; en las Comisiones de DDHH de ambas Cámaras; en los casos de invitación a exponer

42 Funcionario 4, entrevista realizada el 12 de mayo de 2020.

43 Funcionario 2, entrevista realizada el 13 de mayo de 2020.

44 Problema referido durante entrevista a funcionario 1, realizada el 27 de mayo de 2020. Por su parte, consta en el acta N° 550, del 25 de mayo de 2020, que se analizaron las limitaciones de recursos y capacidades que tiene el Servicio Médico Legal. Se discutió, en concreto, la posibilidad de solicitar en forma extraordinaria recursos al Estado para capacitar a los funcionarios del Servicio Médico Legal en la aplicación del Protocolo de Estambul.

45 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

sobre los acontecimientos a partir de octubre; y en las comisiones investigadoras y de acusación constitucional que se crearon a partir de ellos.

Respecto a los proyectos de ley de la llamada Agenda de Seguridad, el gobierno englobó bajo esa denominación a siete proyectos de ley.⁴⁶ De ellos, seis tuvieron actividad en el período bajo análisis en este capítulo, ya sea en sesiones de comisión, informes y/o sesiones de sala. En solo uno de ellos –el Proyecto de Ley de Modernización de las Policías (Boletín 12250-25)– asistió un funcionario del INDH a alguna de esas instancias, aunque solo en calidad de observador.⁴⁷ De los seis restantes que tuvieron movimiento, en solo uno se hace mención al Informe Anual del INDH en alguno de sus informes (en el Proyecto de reforma constitucional que permite a las Fuerzas Armadas colaborar en la protección de la infraestructura crítica del país [Boletín 13086-07]). En los otros 5 proyectos no hay mención o referencia alguna al INDH, ni constancia de recibir informes de esa institución.

La participación del INDH fue sin duda más intensa, tanto en número y calidad de las intervenciones como en la importancia de los funcionarios que asistieron, en las diversas sesiones de las Comisiones de Derechos Humanos de ambas Cámaras convocadas con ocasión del *estallido social*. Así, en la Comisión de DDHH de la Cámara de Diputados, entre octubre y marzo del presente, los funcionarios del INDH, incluyendo directores regionales y el propio director, Sergio Micco, fueron recibidos en siete ocasiones. En el caso del Senado, en la Comisión de DDHH, entre las mismas fechas, el Instituto participó en 12 ocasiones.⁴⁸ En todas ellas los miembros del INDH, su director nacional, directores regionales y el jefe de la Unidad Jurídica, expusieron en la línea de la información entregada por ese organismo en sus reportes oficiales. Es decir, sobre las acciones realizadas, los antecedentes recibidos y las cifras de los casos de violaciones.

46 El Proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia, y agrava las penas aplicables, en las circunstancias que indica; Proyecto de ley que establece el ocultamiento de la identidad como tipo penal, circunstancia agravante y caso de flagrancia (Boletín 12894-07); Proyecto de Ley que establece un Estatuto de Protección para Carabineros, PDI y Gendarmería (Boletín 13124-07); Proyecto de Ley que moderniza el sistema de inteligencia del Estado (Boletín 12234-02); Proyecto de Ley de Modernización de las Policías (Boletín 12250-25); Proyecto de reforma constitucional que permite a las Fuerzas Armadas colaborar en la protección de la infraestructura crítica del país (Boletín 13086-07); Proyecto de Ley de Especialización de Policías (Boletín 12699-07).

47 Fueron las abogadas del INDH Nicole Lacrampette y Tania Rojas. Ver 1º y 2º Informe de Comisión de Seguridad Pública.

48 De hecho, el director regional de Valparaíso, Fernando Martínez, asistió, entre el 23 de octubre y el 29 de enero, en cinco oportunidades a la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

El INDH tuvo también una importante participación en las tres comisiones de acusación constitucional que se produjeron en el periodo,⁴⁹ y en la comisión de investigación de los actos de los ministerios del Interior, Defensa y de las FFAA y de Orden y Seguridad.⁵⁰ Al respecto, probablemente la actuación más relevante del Instituto fue durante la acusación contra Andrés Chadwick, que fue aprobada por ambas Cámaras, por su responsabilidad en relación a las vulneraciones a los derechos humanos ocurridas durante la crisis social, mientras era ministro del Interior. En la sesión del 29 de noviembre del 2019, compareció frente a la Comisión el director del INDH, Sergio Micco, los consejeros Frontaura, Perutzé, Romero, Donoso y Ljubetic, y los directores regionales de Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, Maule, Bio Bío y el jefe de la Unidad de Protección de Derechos. En esa ocasión también comparecieron representantes de las dos organizaciones de funcionarios del INDH.

En su presentación, el director Micco, expuso las actuaciones del INDH durante el período, señalando que se habían producido graves violaciones de derechos humanos,⁵¹ pero expresamente indicó que no le correspondía pronunciarse sobre la acusación constitucional.⁵² Los directores regionales complementaron esa información con cifras y casos específicos producidos en sus respectivas regiones. Los demás consejeros no intervinieron, pero sí los hicieron ambas asociaciones de funcionarios. La Asociación de Funcionarias y Funcionarios del INDH (en adelante, AFFINDH) señaló que los hechos ocurridos desde octubre permitían sostener que se han producido graves, generalizadas y sistemáticas violaciones de derechos humanos.⁵³ A su vez, la Asociación de Funcionarios Defensoras y Defensores de Derechos Humanos del INDH (en adelante, ANDEDH) concluyó que fueron graves y masivas.⁵⁴ La intervención de estas asociaciones gremiales, surgidas principalmente para la defensa de los intereses de los funcionarios del INDH, constituyen un ejemplo de lo problemático que puede ser para una institución autónoma tener diferentes voces ante un mismo tema, o mostrar desavenencias públicas en asuntos tan delicados como la defensa y la protección de los derechos humanos. Estas intervenciones, que en el fondo contradecían la opinión del director nacional, constituyen un ejemplo más del conflicto que ha

49 Estas fueron, en orden cronológico, la primera en contra del ex ministro del Interior, Andrés Chadwick, que fue aprobada, una segunda en contra del Presidente de la República, Sebastián Piñera, que fue rechazada, y otra en contra del intendente de Santiago, Felipe Guevara, que fue también rechazada.

50 Al cierre de este *Informe* aún sin informe.

51 Acta de Sesión 15º, 29 de noviembre, p. 6.

52 *Ibíd.*, p. 13.

53 *Ibíd.*, p. 77.

54 *Ibíd.*, p. 85.

caracterizado, en buena parte, el trabajo interno del INDH, como se verá más adelante.

En el caso de la acusación contra el Presidente de la República, el director Micco volvió a señalar que se habían producido graves y reiteradas violaciones, pero que en lo relativo al carácter sistemático de esas violaciones a los derechos humanos, eso debía resolverlo la Comisión, pues dentro del Consejo del INDH había un debate al respecto. Preciso en ese sentido “que lo que hemos dicho en forma unánime es que no tenemos los antecedentes para decir si las violaciones a los derechos humanos son sistemáticas o no”.⁵⁵ Por su parte, en el caso de la acusación constitucional contra el intendente Guevara, solo se envió una minuta con cifras recopiladas por el INDH. En cuanto a la Comisión investigadora sobre los actos de los Ministerios del Interior, Defensa y de las FFAA y de Orden y Seguridad, asistió el jefe de la Unidad Jurídica, Rodrigo Bustos y la abogada Nicole Lacrampette, quienes expusieron sobre los casos en los cuales se había querellado el INDH.⁵⁶

2. CONFLICTOS Y PROBLEMAS INSTITUCIONALES

2.1 Conflictos internos

El *estallido social* ha puesto a prueba a toda la institucionalidad estatal, incluyendo aquellos organismos autónomos usualmente encargados de la supervisión y control de la administración del Estado. En particular, en el INDH se han observado diversas tensiones, tanto externas, en su relación con otras entidades públicas y con la sociedad civil, como internas, incluyendo discrepancias al interior de su Consejo y entre la Dirección y los funcionarios de la institución. En lo que sigue, nos referiremos a estas últimas.

Por un lado, los funcionarios y funcionarias de la institución manifestaron su descontento y rechazo por las gestiones del director y sus declaraciones en, al menos, tres ocasiones. La primera de ellas fue una reacción a las declaraciones emitidas, en noviembre de 2019, por el director Sergio Micco en el programa “Mesa Central” de Canal 13, en cuanto señaló que, en su concepto, no existirían violaciones sistemáticas a los derechos humanos en Chile, toda vez que no habrían políticas estatales explícitas que directa e intencionadamente tuvieran la finalidad de violar derechos humanos.^{57 58} Frente a ello, el 4 de noviembre de

55 Acta de Sesión 10ª, p. 110.

56 Acta sesión 3ª.

57 Mesa Central, Canal 13, domingo 3 de noviembre del año 2019. Estas declaraciones no solo trajeron la reacción interna descrita, sino también una reacción externa, con críticas en redes sociales y agresiones directas a los funcionarios del INDH que actuaban como observadores de las manifestaciones.

58 Funcionario 5, entrevista realizada el 6 de mayo de 2020.

2019, la ANDEDH efectuó un llamado al Consejo del INDH a rectificar las declaraciones del director del Instituto, esgrimiendo que, además de haber incurrido en un error técnico, estaría atentando contra el mandato institucional.⁵⁹ Por su parte, la AFFINDH (la otra asociación de funcionarios del INDH) emitió una declaración pública mediante la cual rechazó en forma categórica los dichos del director, afirmando que relativizaban las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile durante el *estallido*.⁶⁰ Junto con constatar la existencia de violaciones graves, masivas y sistemáticas, la AFFINDH cuestionó los criterios que tuvo a la vista Micco para descartar la existencia de sistematicidad, señalando lo siguiente: “Es absolutamente falso afirmar que este tipo de crímenes solo puede ser cometido mediante políticas explícitas y concertadas de terrorismo de Estado. Las violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos pueden producirse dentro de contextos formalmente democráticos y no siempre responden a políticas activas, sino que también a falta de políticas adecuadas o a la tolerancia con prácticas de violación a los derechos humanos.”⁶¹ En razón de lo anterior, la AFFINDH exigió la renuncia de todo el Consejo del INDH, incluyendo al director, por “desatender gravemente el rol de defensa irrestricta de los derechos humanos, para la que fueron designados/as, anteponiendo intereses partidistas y personales antes que los de la ciudadanía”.⁶²

Posteriormente, el 12 de enero de 2020, la ANDEDH cuestionó nuevamente al director, quien había declarado que al interior del INDH existía una crisis de pluralismo interno, y cuya expresión sería la existencia de un “sesgo” político.⁶³ Dicha falta de pluralismo, señaló Micco, no se reproduciría al interior del Consejo, el que sería “completamente pluralista”.⁶⁴ Pues bien, la ANEDH desmintió la acusación señalando que “la dotación del Instituto es resultado de procesos de selección desarrollados a través de concursos públicos que consideran la especialización y experiencia laboral de las personas postulantes, en base a las necesidades institucionales y al cumplimiento de los objetivos del INDH”.⁶⁵ Por otra parte, denunció que las declaraciones eran emitidas luego de despidos y no renovaciones de contratos de 11 funcionarios, sumado a “la contratación de más de 10 personas que realizan funciones de asesoría bajo su dependencia directa”.⁶⁶ Por su

59 Comunicado ANDEDH, 4 de noviembre de 2019.

60 Declaración Pública de AFFINDH, 6 de noviembre de 2019.

61 *Ibíd.*

62 *Ibíd.*

63 Radio Biobío.cl: “Micco reconoce ‘sesgo’ en el INDH aunque asegura que Consejo del organismo es pluralista”, 10 de enero de 2020.

64 *Ibíd.*

65 Declaración Pública de ANDEDH, 12 de enero de 2020.

66 *Ibíd.*

parte, la AFFINDH publicó al día siguiente un comunicado exigiendo disculpas públicas y el inicio de un proceso de mejoramiento de la institución, e informando que la Asociación se encontraba en estado de alerta y movilización.⁶⁷

La tercera ocasión de rechazo a las gestiones del director se generó por una entrevista en que Micco refiere que en nuestra cultura jurídica ha predominado una concepción individualista de los derechos humanos por sobre una concepción comunitarista, de modo que, en su opinión, no se habría hecho lo suficiente “para comunicar una de nuestras verdades: no hay derechos sin deberes”.⁶⁸ En virtud de lo anterior, la ANDEDH presentó una carta al Consejo Directivo del INDH en que denuncia “el errado apoyo que este Consejo le está otorgando al director en materia comunicacional y administrativa, [que] responde directamente a la lógica binominalizada de este cuerpo directivo, que atenta contra el principio de autonomía consagrado en los Principios de París. Esta lógica ha permitido, entre otras cosas, que el Consejo esté integrado por personas que no cumplen con requisitos mínimos de conocimiento en derechos humanos”.⁶⁹ La misiva finaliza solicitando la renuncia inmediata del director.

Por su parte, la AFFINDH publicó un documento en que advierte “serios problemas de gestión administrativa y extralimitación por parte del director y los consejeros y consejeras en el cumplimiento de sus facultades”.⁷⁰ Por lo anterior, la AFFINDH efectuó múltiples exigencias orientadas al fortalecimiento de la autonomía del INDH, entre ellas, la inmediata renuncia de todo el Consejo. La situación referida llevó a que los funcionarios y funcionarias del INDH decidieran declararse en paro indefinido a partir del 7 de mayo, el que fue finalmente depuesto el día 27 de ese mes, a causa de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, según afirmó la AFFINDH. Finalmente, por medio de un comunicado, el 13 de mayo de 2020, la ANDEDH depone la paralización de funciones. En dicha ocasión, declararon: “Ante el panorama de contar con un director que, invocando falsamente los principios del pluralismo, procede constantemente en conformidad a lineamientos obsoletos y anquilosados del binominalismo [...] no claudicaremos en interpelar al Estado, para que éste cumpla con los

67 Comunicado AFINDH, del 13 de enero de 2020, disponible en: Anef.cl: “Un mejor INDH para un mejor Chile”: Anef solidariza con huelga de advertencia de AFFINDH”, 14 de enero de 2020.

68 Entrevista a Sergio Micco en el diario El Mercurio, 2 de mayo de 2020.

69 Carta de fecha 8 de mayo de 2020 remitida por ANDEDH al Consejo Directivo del INDH.

70 Demandas de la Asociación de Funcionarias y Funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos, disponible en: Anef.cl: “AFFINDH exige renuncia de todo el Consejo del INDH como solución para fortalecer la autonomía del Instituto”, 7 de mayo de 2020.

compromisos adquiridos en materia de derechos humanos”.⁷¹ Como es posible observar, la tensión constante y ascendente entre el Consejo y los funcionarios del INDH impide la consolidación institucional necesaria para tener una relación fluida entre el órgano político, la dirección ejecutiva, y la plana funcionaria.

Por otro lado, todo esto ha ocurrido paralelamente a la agudización de las tensiones al interior del propio Consejo, como se ha ventilado en reiteradas oportunidades en fuentes de prensa y luego de las sesiones del Consejo. Según las actas de estas últimas, se produjeron diferencias políticas y doctrinarias que en algunos casos elevaron la tensión al máximo, polarizando al Consejo del INDH en “dos bandos”.⁷² Entre estas diferencias, podemos referir el disenso respecto de si los actores privados pueden vulnerar derechos humanos o si solo pueden hacerlo agentes del Estado;⁷³ la disyuntiva sobre si se debía recurrir o no, y de qué forma, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos o a organismos internacionales para que realizaran misiones de observación respecto de la situación de Chile.⁷⁴ Asimismo, otras diferencias se producen tras las declaraciones dadas por la vocería del Instituto, particularmente aquella

71 Carta de funcionarios de ANDEDH, del 13 de mayo de 2020, disponible en: *El Siglo*: “La sentida carta de funcionarios del INDH”, 14 de mayo de 2020.

72 En reunión sostenida mediante videoconferencia, el 4 de mayo de 2020, se produjo un quiebre en el Consejo y se hizo referencia a la “lógica de bandos”. Reportaje disponible en: Emol.cl: “La trama detrás de la última crisis en el INDH”.

73 Consta en el Acta del Consejo del INDH N° 517, del 2 de diciembre de 2019. Durante esa sesión el consejero Donoso señaló que no existe consenso en el Consejo respecto de que “particulares también pueden violar DDHH”. En la misma sesión agrega Millaleo que: “El Estado puede ser responsable del derecho a la seguridad humana, y las doctrinas del efecto horizontal no pueden dar pie a que un sujeto privado pueda ser responsable directo de violaciones a los DDHH, sino que opera como antecedentes, responsabilidad siempre es del Estado”. Por su parte, en el Acta del Consejo del INDH N° 516, del 25 de noviembre de 2019, el consejero Frontaura señala que “particulares afectan y violan derechos humanos y el Estado debe evitar esto”.

74 Consta en el Acta del Consejo del INDH N° 509, del 22 de octubre de 2019, que el consejero Donoso manifestó que: “Si se solicita participación de actores internacionales podría entenderse que [el INDH] no puede dar cumplimiento al mandato institucional”. Por su parte, el consejero Ljubetic manifiesta en la misma sesión “dudas respecto de la convocatoria de organismos internacionales”. Por otro lado, la consejera Romero señaló que “el INDH debiera pedir medidas cautelares a la CIDH y observadores a la Alta Comisionado de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, debido a la importancia de la mirada externa de lo que ocurre en Chile”. A su vez, el consejero Millaleo señaló que “teme que las manifestaciones van a seguir y las cifras que estamos reportando irán en aumento, por lo que debiera evaluarse pedir observadores internacionales”. Finalmente, estima el consejero Marelic que respecto de eventuales medidas ante el SIDH esa actitud “comunica a la sociedad que el INDH y los Tribunales de Justicia son incapaces de lidiar con la protección y garantía de los Derechos Humanos en el país.”

referida a la no sistematicidad de las violaciones,⁷⁵ pero también, respecto de aquellas declaraciones que fueron acordadas, y sobre las cuales se puso en duda la capacidad de la vocería de representar a la mayoría del Consejo, así como si fueron o no formuladas en el momento pertinente.⁷⁶ Consultado por estos conflictos, un consejero del INDH señaló que durante el *estallido social* se desataron tensiones que estaban acumuladas desde antes, que existió un “proceso de sinceramiento del INDH” que culminó en un fuerte deterioro de las relaciones. En efecto, da cuenta de “rencillas personales insalvables”⁷⁷ y de la existencia de “dos bloques que no se perdonan”.⁷⁸ En este sentido, sentenció que “frente a esta polarización, el INDH se empezó a bloquear”,⁷⁹ y, asimismo, acusó un fuerte desacuerdo respecto de la forma de concebir los derechos humanos “a niveles que son difíciles de conciliar”.⁸⁰

Como se verá más adelante, este tipo de fraccionamientos implican una serie de problemas de operatividad del INDH, en la medida en que su funcionamiento presupone la existencia de ciertos consensos sobre derechos humanos, los que se hacen cada vez más improbables en virtud de las distintas concepciones sobre el tema al interior del Consejo y que se han ido polarizando con ocasión del *estallido social*.

2.2. Elaboración del Informe Anual del INDH

A lo señalado en la sección anterior, se suman las dificultades y los desafíos que se tuvieron que sortear para la entrega del Informe de Derechos Humanos de 2019. Al respecto, cabe recordar que de conformidad

75 Consta en el Acta del Consejo del INDH N° 512, del 4 de noviembre de 2019, que el consejero Ljubetic señaló que: “Lo relevante sería iniciar debate sobre lo ocurrido. Ambiente está tensionado, debemos dar el debate sobre las declaraciones dadas el día de ayer por Micco, señalar si son o no sistemáticas supone una posición de la institución y debió ser abordado en esta instancia, ya que estas se tomaron como una posición institucional. Preocupa que se vean afectados funcionarios en manifestaciones y comisarías, es necesario dar una discusión donde se privilegie el interés del Instituto, mantener su cohesión y tareas importantes que realizamos”. La consejera Contreras refiere, por su parte, que: “señalar que las violaciones son sistemáticas o no requiere análisis mayor” y estima que las declaraciones deben ser realizadas “de acuerdo a las opiniones del Consejo”. La consejera Romero agrega que, desde su punto de vista, las violaciones “son masivas, graves, generalizadas y sistemáticas”. El consejero Saffirio, por su parte, añade que “nadie podría decir que se ha relativizado la violación a los derechos humanos, sino que respecto a la sistematicidad de las violaciones a DDHH [existe] un debate conceptual que deber ser dado de manera objetiva”. El consejero Millaleo añade que: “no le asiste la convicción de que haya violaciones sistemáticas, pero tampoco de que no las haya”.

76 Consta en el Acta del Consejo del INDH N° 512, del 4 de noviembre de 2019, que el consejero Marelic señaló que: “En cuanto a la declaración muchas veces el Consejo no va a la velocidad que se requiere”.

77 Consejero 1, entrevista realizada el 14 de julio de 2020.

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*

con lo dispuesto en el artículo 3 N°1 de la Ley 20.405, le corresponde al INDH elaborar un Informe Anual que debe ser presentado al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema. Dicho informe debe dar cuenta de las actividades del Instituto, informar sobre la situación nacional en materia de derechos humanos y hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto. Siendo una de las funciones primordiales del Instituto, la Ley 20.405 ha establecido que le corresponderá al director la elaboración de la propuesta del informe anual y al Consejo la presentación del mismo.⁸¹ Por su parte, el artículo 14 del Reglamento Orgánico de estructura y funcionamiento interno del INDH, establece que a la Unidad de Estudios –hoy Unidad de Estudio y Memoria–⁸² le corresponderá “a) Elaborar el informe anual sobre la situación nacional de los derechos humanos contemplado en el art 3° N°1 de la Ley”.⁸³ Al respecto, el proceso de estructuración, redacción y aprobación del Informe Anual 2019 estuvo rodeado de tensiones internas –tanto dentro del Consejo como en la relación de la Dirección con la Unidad de Estudios y Memoria– que, en definitiva, dificultaron su elaboración y determinaron sus contenidos.

Con anterioridad a octubre de 2019, ya se habían presentado fuertes desacuerdos en relación con la aprobación de ciertos capítulos por parte del Consejo, entre los cuales es posible mencionar aquellos referidos a la reforma de Carabineros, a los derechos de manifestación pacífica y a la evaluación del comportamiento de empresas respecto al *due diligence* y su impacto en las comunidades.⁸⁴ Posteriormente, y con el inicio del *estallido social*, la masiva vulneración de derechos humanos exigió darle un nuevo enfoque al Informe Anual, debiendo reestructurarse en torno a los acontecimientos acaecidos a partir de mediados de octubre.⁸⁵ Dicha reestructuración, según relata un funcionario del INDH, no estuvo exenta de tensiones. Por el contrario, hubo un fuerte disenso en torno a la existencia o no de sistematicidad en las violaciones a los derechos humanos, al carácter masivo de las mismas, a las causas

81 Artículos 9, N° 5 y 8° N°2 de la Ley 20.405.

82 Sobre la reestructuración interna del INDH, véase: INDH.cl: “Cambios en la estructura interna buscan reforzar funcionamiento del INDH”, 15 de marzo de 2020.

83 Artículo 14 letra a) del Reglamento Orgánico de Estructura y Funcionamiento Interno, aprobado por medio de la Resolución Exenta N° 214, del 28 de junio del año 2013.

84 Funcionario 5, entrevista realizada el 6 de mayo de 2020.

85 Consta en Acta del Consejo del INDH N° 514, del 13 de noviembre de 2019, que el Director propuso: i) solicitar al ejecutivo la postergación de Informe Anual; ii) la realización de un informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile a partir del 18 de octubre y; iii) hacer entrega de un informe una vez terminada la crisis. Los tres puntos fueron aprobados por el Consejo.

del *estallido social*,⁸⁶ así como sobre las recomendaciones que debían efectuarse, entre otros temas. Todo ello se vio agravado por las declaraciones de Sergio Micco respecto a que las violaciones no tendrían un carácter sistemático, lo que profundizó el quiebre que se estaba generando al interior del INDH y que, más tarde, como se señaló, derivaría en el paro de los funcionarios del INDH y la exigencia de renuncia del director y de todos los miembros del Consejo.

Con la llegada de Micco a la Dirección del INDH, en julio de 2019, ya se habían generado diversas tensiones con la Unidad de Estudios y Memoria, a la que se acusaba de tener un sesgo ideológico que no daba cuenta de la pluralidad de visiones al interior del Consejo. Durante el *estallido social*, estas tensiones llegaron a un punto cúlmine con el despido del entonces jefe de esa unidad de estudios, Osvaldo Torres, el 15 de marzo de 2020. En cuanto a la elaboración del Informe Anual, que daría cuenta de las violaciones a los derechos humanos cometidas con ocasión del *estallido social*, Sergio Micco decidió contratar un equipo externo de su confianza para la revisión y modificación del mismo, cuestionando el rol institucional asignado a la Unidad de Estudios.⁸⁷ Como relata un Consejero, “se detectó que había un segundo equipo de asesores contratados por la Dirección, pese a que el reglamento del INDH establece que quien prepara el Informe Anual es la Dirección de Estudios, es la encargada de ello [...] esto tiene que ver con la desconfianza que existía respecto del Director de Estudios”.⁸⁸ A lo anterior, agrega: “Este equipo paralelo va a intervenir, pero cuando se descubre esto hay una discusión de pasillo en el Consejo, y al final, Micco recula y tiene que volver al equipo oficial de la Dirección de Estudios”.⁸⁹ Si bien el Informe Anual finalmente fue redactado por la Unidad de Estudios, el grupo externo que asesoró a Micco obtuvo algún tipo de reconocimiento en el Informe, ya que en algunas de sus

86 Consta en Acta del Consejo del INDH N° 516, del 25 de noviembre de 2019, que el consejero Frontaura señala que “llama la atención de que documento vincule eventuales violaciones DESC para explicar contexto 18-O, pero no menciona violencias y saqueos”.

87 Consta en Acta del Consejo del INDH N° 508, del 21 de octubre de 2019, que, en el marco de la discusión de la aprobación del Informe Anual, la consejera Romero, en acuerdo con el consejero Marelic, propusieron entregar mandato a la Dirección para que se hiciera una versión definitiva de los capítulos con posibilidad de contratar consultores externos y funcionarios internos. El consejero Ljubetic aprobó la propuesta de Marelic de mandar a Dirección en la elaboración del informe señalando que: “Sin embargo, se debe respetar la integridad orgánica de la institución”. Por su parte, la consejera Contreras agrega que: “Está de acuerdo con dar un mandato a la dirección para revisar los capítulos por consultores externos” siempre y cuando “se haga dentro del marco de los objetivos aprobados por el Consejo y tal como señala el Reglamento debe ser elaborado por la Unidad de Estudios”.

88 Consejero 1, entrevista realizada el 14 de julio de 2020.

89 *Ibid.*

partes se “honró su posición”.⁹⁰ En este sentido, un funcionario de la Unidad de Estudios, refiriéndose a los colaboradores externos, afirmó que “en la parte introductoria [relativa] al tema de los derechos económicos y sociales, recortaron bastante respecto de lo que eran las complejas causas del inicio de las protestas sociales, incorporaron algunas cifras [...] respecto de lo del crecimiento del producto bruto interno, citas de la CEPAL y algunos autores, que nosotros refutamos [...] terminaron quedando muy pocas de esas [contribuciones]...”⁹¹ En concepto de un consejero, lo más grave de la situación relativa al grupo asesor, de carácter externo, es que “accedieron a información a la cual alguien que no es funcionario no debería acceder”.⁹²

De esta manera, las tensiones señaladas fueron retrasando la aprobación del Informe, lo que tuvo como consecuencia que la publicación del mismo fuese posterior (23 de diciembre de 2019)⁹³ a los informes elaborados por Amnistía Internacional, la CIDH y el propio ACNUDH.⁹⁴ Ello implicó ciertas críticas por la ausencia de una postura más clara del INDH, respaldada por su Consejo, y que fuera tajante y oportuna con el objeto de prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos. En el mismo sentido, el profesor Claudio Nash estimó: “Ha habido una crítica justificada a una postura muy cautelosa por parte del Consejo Directivo del INDH y de su director ejecutivo, quienes no han adoptado la posición crítica que la situación ameritaba y tampoco han asumido una posición de liderazgo, proponiendo cursos de acción, como podría haberse esperado”.⁹⁵ Efectuando una autocrítica, un consejero reconoció que: “Nos quedamos muy limitados en la cifra, en esta visibilización, pero a la hora de manifestar la opinión con mayor contundencia, ahí hay una debilidad en el INDH, una falta de fuerza... [si] podemos ahondar en las causas, tiene que ver con la fractura en cuanto a las visiones sobre los derechos humanos que hay al interior del INDH.”⁹⁶

90 *Ibid.*

91 Funcionario 5, entrevista realizada el 6 de mayo de 2020.

92 Consejero, entrevista realizada el 14 de julio de 2020.

93 Consta en Acta del Consejo del INDH N° 508, del 21 de octubre de 2019, que el consejero Marelic señala que: “De acuerdo con la normativa vigente se debe entregar el Informe Anual el 10 de diciembre de 2019, con ocasión de la conmemoración del día internacional de los Derechos Humanos”. Por su parte, Sergio Micco, indica que en virtud del estado de los capítulos solicita flexibilidad y propone como fecha de entrega el 21 de diciembre. Asimismo, consta en Acta del Consejo del INDH N° 52, del 23 de diciembre de 2019, que la consejera Romero señaló que: “El texto definitivo del Informe Anual fue remitido a los consejeros sin una antelación suficiente”.

94 Amnistía Internacional publicó el 21 de noviembre; la CIDH publicó el 6 de diciembre; HRW publicó el 26 de noviembre y ACNUDH publicó el 13 de diciembre.

95 Disponible en: Ciper.cl: Opinión de Claudio Nash: “Fortalezas y omisiones del Informe INDH”, 2 de enero de 2020.

96 Consejero 1, entrevista realizada el 14 de julio de 2020.

2.3 Problemas institucionales: diseño y práctica institucional

Todas las INDHs deben observar dos características fundamentales: independencia y eficacia. La primera, garantiza que ellas puedan someter a escrutinio los órganos del Estado de acuerdo con estándares de derechos humanos, sobre todo aquellos que derivan de los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado en cuestión se ha comprometido a respetar y a cumplir ante la comunidad internacional y ante sus propios habitantes. La segunda, supone que el diseño, soporte y recursos de una institución nacional de derechos humanos apunten a hacer efectivo el mandato para el cual fue creada. Una articulación adecuada de estas dos características es lo que permite que una institución nacional de derechos humanos pueda abordar, efectivamente, la paradoja que supone controlar y someter a escrutinio el poder estatal siendo ella misma una institución creada, gestionada y financiada por el Estado.

Para ello, tal como sostienen los “Principios de París”, las INDHs que optan por un órgano político cuyas decisiones quedan entregadas a un órgano colegiado, deben garantizar una debida pluralidad, permitiendo que diversos organismos estatales y actores de la sociedad involucrados en la promoción y en el respeto de los derechos humanos tengan debida participación.⁹⁷ Uno de los funcionarios entrevistados para este *Informe*, sostiene que la pluralidad debe ser considerada como un valor en la conformación del Consejo del INDH: “Como un órgano plural y colegiado que es el Consejo, este ha estado siempre y constantemente sometido a tensiones que son, en general, buenas, en la medida en que [el INDH] adscriba cabalmente a la doctrina de los DDHH. Es decir, la pluralidad es un valor. Esa diversidad representa un valor”.⁹⁸

Sin embargo, como se ha destacado en *Informes* anteriores, el INDH tiene algunas deudas pendientes en relación al diseño institucional de su órgano colegiado:⁹⁹ en primer lugar, permite al Presidente de la República designar directamente a dos consejeros, lo que cuestiona explícitamente el texto de los “Principios de París” en torno a garantizar una debida autonomía con respecto de las autoridades sujetas a control; y, en segundo lugar, no se cumplen debidamente los resguardos en torno a los nombramientos políticos, lo que ha permitido, en el último tiempo, que personas sin una trayectoria destacada en derechos

97 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1992/54 (Principios de París).

98 Funcionario 2, entrevista realizada el 13 de mayo de 2020.

99 Ver Coddou, *Informe 2019*, op. cit. y Alberto Coddou, *Informe 2010*, op. cit.

humanos lleguen a ocupar un asiento en el Consejo.¹⁰⁰ Para un jefe de servicio del INDH, el problema de la conformación del Consejo del Instituto radica en el ejercicio de las atribuciones de nombramiento de consejeros en el marco de una práctica y una cultura política “binominalizada”, que supone “cuotear” los nombramientos e impedir una evaluación más intensa de la trayectoria y experiencia de quienes llegan a ser designados para los cargos.¹⁰¹ Por otra parte, como ya se ha dicho en otras instancias, la debida autonomía y profesionalismo de los consejeros se podría mejorar incorporando más “consejeros y consejeras independientes del mundo de la sociedad civil y disminuyendo la presencia de los otros poderes del Estado al interior del Instituto, o eliminarla definitivamente.”¹⁰² En el marco del *estallido social*, y al haber sido sometido el INDH a una presión institucional mayor, estas deudas pendientes aumentaron e intensificaron los problemas que se venían denunciando en versiones anteriores de este *Informe*.

Más allá de las dificultades mencionadas en el párrafo anterior, que suponen un incumplimiento de los estándares de derechos humanos aplicables a los INDHs, existen otras cuestiones cuyo diseño y práctica institucional han generado problemas dentro del INDH y que han perjudicado el cumplimiento de sus funciones.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 14 de los Estatutos del INDH, aprobados por medio del Decreto 618 de 2011, y más allá de los mecanismos de selección de los consejeros, estos tienen la obligación de asistir a las sesiones ordinarias —o, en su defecto, informar sus inasistencias—, que se realizan una vez por semana, y a las extraordinarias, que se convocan de manera excepcional de acuerdo con el reglamento del INDH. En términos concretos, ello implica que los consejeros, que adhieren a diversas concepciones de los derechos humanos, y cuyas fuentes de ingresos provienen de otras distintas del INDH, dedican una porción menor de sus jornadas laborales a la discusión y definición de las decisiones del órgano “político” del INDH, las cuales dicen relación con el modo en que esta institución ejercerá sus atribuciones, poniendo énfasis en algunas dimensiones, priorizando ciertas estrategias

100 Estas preocupaciones ya se encontraban presentes en la discusión del proyecto de ley que creó el INDH, como se puede apreciar en la Historia de la Ley 20.405. En tal sentido, se consigna que al senador García “le parece bien la creación de un Instituto Nacional de Derechos Humanos en los términos propuestos por el Gobierno, pero la autonomía del organismo le parece incompatible con el cariz y sesgo político de la conformación del Consejo del Instituto, contemplada en el artículo octavo, por la intervención de los poderes del Estado en la designación de los consejeros”. En el mismo sentido, el senador Escalona expresó que “la esencia de un Instituto de Derechos Humanos es su autonomía respecto de la Administración Central, debido a que las materias de su competencia dicen relación, precisamente, con proteger a las personas de los abusos que pueda cometer el Estado violando sus derechos esenciales”.

101 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

102 Funcionario 5, entrevista realizada el 6 de mayo de 2020.

por sobre otras, y distribuyendo los recursos internos para tal efecto. En otras palabras, durante una tarde a la semana, los consejeros definen las políticas institucionales que tendrán un profundo impacto en el modo en que los funcionarios de la institución deben llevar a la práctica la implementación de las atribuciones legales del INDH. De acuerdo con ciertas ideas propias del derecho comercial, este diseño institucional puede suponer ciertas ventajas. Es, por ejemplo, el modo en que se estructuran las sociedades anónimas, con una plana funcionaria y ejecutiva que debe seguir las políticas de un directorio colegiado compuesto por diversos miembros que representan los distintos intereses de los accionistas y que traen un enfoque diferente del que puede tener la administración ordinaria de la empresa.¹⁰³ Sin embargo, recurrir al derecho comercial para explicar el diseño institucional del Consejo del INDH es desconocer algo que debiera parecer evidente: los consejeros no representan, ni deben representar, articular o defender los intereses del órgano o actor que los ha nombrado, y quedan sujetos a ciertas obligaciones legales y al mandato general del INDH. Más bien al contrario: los consejeros debieran observar lo que se conoce como el *principio de la ingratitud* con la autoridad y órgano que los ha nombrado.

Para abordar este problema, quizás sería mejor recurrir a premisas propias de la teoría organizacional, sobre todo cuando son aplicadas a temas de administración pública, que alertan sobre la posibilidad de que un órgano colegiado que no forma parte de una administración, o que no está en contacto directo con los problemas propios de una organización, puede generar cierta desconexión o desafección con las dinámicas internas de esa institución.¹⁰⁴ En varias entrevistas con funcionarios del INDH se repitieron estas inquietudes, en especial apuntando a la distancia que a veces existe entre las discusiones que se dan al interior del Consejo y los problemas que aquejan diariamente a los funcionarios de la institución. En otras palabras, la supuesta “mirada fresca” que podrían traer los consejeros no se observa en la práctica, generándose cierta distancia entre el Consejo y el aparato institucional del INDH.

Para un director regional del INDH, el problema también radica en la falta de conocimiento del debate que se produce al interior del Consejo. Como director regional, este funcionario representa la voz del INDH en la región, y debe enfrentar diversas demandas de la prensa y de la sociedad civil ante informaciones internas del Instituto que pueden ser cambiantes o contradictorias, en particular en momentos críticos. En relación con esto, estimó que “sería bueno, por lo menos

103 José García Martín y Begoña Herrero, “Boards of directors: composition and effects on the performance of the firm”, *Economic Research-Ekonomska Istrazivanja*, Volume 31, 2018.

104 Henry Mintzberg, *Structure in Fives: Designing Effective Organizations*, New Jersey, Prentice-Hall, capítulo 10, 1993.

tener más claridad respecto de lo que decide el Consejo, porque finalmente, incluso a nivel interno es súper importante saber cuáles son las conversaciones que se están teniendo... sería bueno que hubiese más transparencia [...] Finalmente, nosotros necesitamos directrices más claras del nivel central, para ver qué decimos, no decimos, qué hacemos, no hacemos”.¹⁰⁵ El mismo funcionario también advierte de los problemas relativos a la distancia que a veces tienen los consejeros con las “sensibilidades” o las “dinámicas institucionales” del INDH, dando prioridad a discusiones ideológicas o filosóficas sobre diversas concepciones de derechos humanos. Por ello, y sin perjuicio de apoyar la actual conformación, este funcionario propone que el Consejo “sea parte” del INDH:

“Cuando tú tienes a una persona que está 6 de los 7 días de la semana sin ser parte del Consejo –llega una tarde a ser parte del Consejo– y toma decisiones tan importantes para una institución tan relevante, es complicado: primero, no conoce las dinámicas de lo que está realmente pasando adentro del INDH y, segundo, no son necesariamente expertos en derechos humanos, y no son necesariamente personas que están pensando todo el rato en cómo fortalecer la institucionalidad. Por ahí, se requiere una reforma legal. Sería importante tener un Consejo permanente.”¹⁰⁶

Según otro funcionario, la poca frecuencia de las sesiones del Consejo, y el hecho de que un gran número de actividades del INDH deban contar con aprobación del mismo, generan problemas al momento de tomar decisiones fundamentales: “El hecho de que un Consejo de 11 personas se reúna una vez a la semana para la enorme cantidad de trabajo que hace el INDH genera un retraso muy grande de temas que deben ser aprobados con mayor celeridad, sobre todo en momentos de crisis”. A pesar de ello, este problema “no significó una dificultad para el trabajo de protección de derechos humanos durante estos más de siete meses, sobre todo en lo relativo a las acciones judiciales.”¹⁰⁷

En segundo lugar, es importante recordar que los “Principios de París” otorgan un amplio margen de libertad para que los Estados diseñen sus INDHs de acuerdo con sus propias preferencias, siempre y cuando respeten ciertos estándares que garanticen su adecuada independencia,

105 Funcionario 3, entrevista realizada el 22 de abril de 2020.

106 Funcionario 3, entrevista realizada el 22 de abril de 2020.

107 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

autonomía y eficacia.¹⁰⁸ En Chile, el legislador optó por dotar al INDH de un órgano colegiado para la dirección política de la institución, esto es, para la toma de decisiones fundamentales que determinan el modo particular y concreto en que la institución realiza su mandato. En este contexto, es importante referirse a otro problema planteado por diversas fuentes que intentan comprender los problemas que han afectado al Consejo y a los directores en los últimos años.

En términos generales, la supuesta “politización” y consiguiente “polarización” del Consejo del INDH ha sido analizada por diversos actores relevantes en el último tiempo. La explicación común para este problema radica no tanto en el diseño institucional del INDH, sino en una práctica o cultura política “binominalizada” que va “cuoteando” los cargos públicos, sin someter a escrutinio los nombramientos, con el objeto de lograr los altos quórum que se requieren en ambas Cámaras para la elección de los consejeros.¹⁰⁹ Además, el debate público ha incorporado la idea de que los nombramientos en ciertos cargos sirven para pagar favores políticos, mantener alianzas políticas, o cooptar ciertas instituciones con finalidades partisanas. Estos problemas se han exacerbado en el último tiempo, ventilándose disputas entre los consejeros que se amplificaron durante el *estallido social*, a tal punto que es fácil reconocer “dos bandos” al interior del Consejo y se observa una predecible división de votos en ciertos asuntos controvertidos. Ello se aleja de cierta práctica original al interior del Consejo que era la de intentar lograr unanimidad en la definición de las “políticas” del INDH.

Estas consideraciones han derivado en un problema adicional para el Instituto, por el hecho de que el director del INDH es un consejero elegido por la mayoría absoluta de los miembros del Consejo.

108 En tal sentido, se establece en el artículo B.1 de los Principios de París que: “La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección u otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil” interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de: i) las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos, las organizaciones socio profesionales interesadas, en particular juristas, médicos, periodistas y personalidades científicas; ii) las corrientes de pensamiento filosófico y religioso; iii) los universitarios y especialistas calificados; iv) el Parlamento; las administraciones (de incluirse, los representantes de las administraciones sólo participarán en los debates a título consultivo). Por su parte, el artículo B.2 establece que: “La institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de fondos suficientes. Esos fondos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de que la institución sea autónoma respecto del gobierno y no esté sujeta a un control financiero que pueda afectar su independencia”.

109 El artículo 6 de la Ley 20.405 dispone que los dos consejeros designados por el Senado y los dos consejeros designados por la Cámara de Diputados deberán ser elegidos “por las cuatro séptimas partes de sus miembros en ejercicio”.

En efecto, cuando los mecanismos de nombramiento incluyen la participación de diferentes órganos del Estado y actores de la sociedad civil con determinados intereses políticos, que desarrollan prácticas de negociación política que se alejan de las funciones del INDH, o que corren el riesgo de ser capturados por ciertos intereses que pongan en cuestión el mandato del INDH, el hecho de que el director sea a la vez un consejero de un órgano colegiado aquejado por problemas de “polarización” puede afectar, además de la gestión ejecutiva, la autoridad o legitimidad simbólica de la institución. En este sentido, como señala una funcionaria de alto rango del INDH:

Cuando hay una institución que a la cabeza tiene un órgano colegiado, para que quien la dirija no esté sujeto a presiones internas, debería buscarse otra figura, algo así como una especie de secretario ejecutivo [...] que no sea una persona del órgano colegiado que, a la vez, también sea director o directora.¹¹⁰

En este marco, y como señalamos más arriba, la dirección del INDH por parte de Sergio Micco ha generado diversos cuestionamientos tanto desde la sociedad civil como de funcionarios. Más allá de este debate, que ha generado tensión y ha afectado la imagen del INDH como un órgano independiente sujeto al cumplimiento de un mandato legal, estas polémicas se han agudizado por un problema relativo al diseño institucional del propio Consejo. En efecto, como lo han ilustrado las últimas tensiones, el director del INDH, que a la vez es un consejero, es visto por sus contradictores como parte de uno de los bandos. Más allá de que sea ex militante de un determinado partido político, en su caso de la Democracia Cristiana, el problema que afecta a Micco deriva del diseño institucional del Consejo. Si la conformación de este último se considera como “politizada” o “cuoteada”, y la dirección del INDH se entrega a uno de esos consejeros, elegido por la mayoría simple de sus pares, es normal que la dirección del INDH se vea enfrentada a los mismos cuestionamientos que afectan al Consejo.

Como apunta un alto funcionario del INDH, articulando los dos problemas mencionados en los párrafos anteriores:

[es importante que] el INDH pueda tener, con independencia [del gobierno] de turno, un discurso público autónomo y fuerte con respecto a las violaciones de derechos humanos. Creo que el actual diseño institucional también genera problemas por lo binominal que es que muchos consejeros se definan con acuerdo del oficialismo y la oposición, solamente por la cantidad de votos requeridos. Se supone que hay un requisito que debieran cumplir todos los consejeros y consejeras, que es acreditar experiencia y conocimiento en materia de derechos humanos, lo que finalmente no ocurre en la práctica, no existe tal

110 Funcionario 4, entrevista realizada el 12 de mayo de 2020.

acreditación. Debe establecerse un procedimiento para que eso sí sea relevante, porque cada vez más están llegando consejeros que no tienen ni experiencia ni conocimiento en derechos humanos. Un modelo más adecuado podría ser un órgano más pequeño, con una acreditada experiencia y conocimiento en derechos humanos, con una lógica de nombramiento que no sea binominal, y con una mayor presencia en el Instituto... no puede ser que ese órgano se reúna medio día a la semana y que muchas cosas queden entrampadas por eso.¹¹¹

El problema de “polarización” apuntado es particularmente grave cuando el funcionamiento del INDH presupone la existencia de ciertos consensos para su operatividad, de modo que cuando estos se hacen imposibles, el INDH pierde o debilita su capacidad operativa. Esta idea es sintetizada por un consejero:

El INDH, para funcionar bien, supone que haya consenso. [...] El consenso de derechos humanos se ha deteriorado. Eso va a significar que un órgano colegiado va a tener una capacidad limitada de producir consenso, pero esto es mucho más difícil si hay opiniones distintas sobre los derechos humanos y, luego, si el contexto del país donde eso se tiene que dar es cada día más polarizado. Eso genera el riesgo de un bloqueo.¹¹²

En síntesis, la estructura de gobernanza colegiada del Consejo ha mostrado ciertas limitaciones a la hora de abordar una crisis masiva de derechos humanos. Como vimos, la “polarización” interna, acrecentada por la polarización a nivel nacional, sumada al problema del “cuoteo” y el “binominalismo”, han ido generando un riesgo de bloqueo del Consejo, cuestión que puede afectar severamente la operatividad y la imagen del INDH.

Otro problema que cabría mencionar es el relativo a la publicación de las actas del Consejo. Como fue posible advertir en el desarrollo de esta investigación, las actas de las sesiones que se llevaron a cabo durante el *estallido social* fueron recién publicadas, de manera parcial e incompleta, en los meses de enero y febrero de 2020. A la fecha de cierre de edición de este capítulo, aún son múltiples las actas inaccesibles.¹¹³ En términos generales, podemos sostener que el conocimiento de las posturas y discusiones que sostienen los consejeros del INDH es una cuestión de interés público, sometida a los estándares de transparencia a los que están sujetos las instituciones públicas. En este escenario, la

111 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

112 Consejero 1, entrevista realizada el 14 de julio de 2020.

113 Véase: <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/pdтта/-/ta/CO001/OA/MI>

ausencia de conocimiento de las actas importa una infracción a la obligación del INDH de entregar información clara, oportuna, fidedigna, actualizada y pertinente.¹¹⁴ Esta falta de publicidad afectó directamente la posibilidad que tienen los ciudadanos de efectuar un escrutinio respecto de la forma en que el INDH estaba ejerciendo sus atribuciones legales, lo que es particularmente grave atendida la relevancia de las cuestiones que a la fecha se estaban discutiendo (por ejemplo, el debate respecto de la masividad y sistematicidad de las violaciones a los derechos humanos). Además, esta falta de publicidad de las actas afectó a los propios funcionarios del INDH, puesto que, tal como señalaron múltiples directores regionales, ello implicó una “desconexión” con el nivel central, y se tradujo en la ausencia de directrices claras para enfrentar temas complejos. Por otra parte, y como es evidente, las circunstancias descritas se erigieron en un problema metodológico para nuestro equipo de investigación, ya que hizo más difícil efectuar un seguimiento de lo que estaba ocurriendo al interior del Consejo.¹¹⁵

Respecto de los motivos por los cuales las actas habían sido parcialmente publicadas, un Consejero refirió la existencia de un problema con el registro de las firmas de los consejeros. En efecto, señaló que atendido a que todavía no implementan un sistema de firma electrónica, los consejeros deben estampar su firma presencialmente, lo que se complica por el hecho de que no todos viven en la ciudad de Santiago. Como se advierte, existe una deficiencia técnica que fácilmente puede ser solucionada y que permitiría mejorar la publicidad del INDH, ello

114 Es interesante rescatar que, según consta en el Acta N° 549, del 18 de mayo de 2020, la consejera Romero propuso que las actas contengan las intervenciones literales de los consejeros, esto es, transcritas de forma fidedigna para efectos de evitar tergiversaciones que puedan llegar a la prensa y la opinión pública.

115 Al respecto, cabe señalar que, con fecha 23 de marzo de 2020, efectuamos una solicitud de acceso a la información solicitando las actas y/o audios que todavía no se encontraban publicadas, solicitud que fue denegada mediante Ordinario N° 314 de fecha 20 de abril de 2020, en virtud de las siguientes razones: “4. Con respecto a las actas de las sesiones correspondientes al año 2020, teniendo en cuenta que se encuentran en etapa de elaboración y suscripción, cabe informar que dichos documentos se encuentran temporalmente cubiertos por la causal de reserva establecida en la letra b) del número 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285.; 5.- Finalmente, en relación con las transcripciones y/o audios de las sesiones que ha requerido, informo a usted, en primer lugar... que las sesiones del Consejo del Instituto no tienen carácter público, sin perjuicio de la publicidad que corresponde a sus actas”; 9.- En efecto, el conocimiento y uso –eventualmente descontextualizado– de los comentarios y/u opiniones emitidos por los consejeros en las sesiones afectaría, sin duda, el debido cumplimiento de las funciones del órgano, pues inhibiría y pondría en riesgo el proceso de deliberación interna, al dar publicidad a instancias de discusión intermedias que no necesariamente forman parte de los fundamentos ni de las decisiones adoptadas, ni de las disidencias, pues, como ya se indicó, de todas las opiniones y juicios que sirven de base a unas y otras se debe dejar constancia en las actas de las sesiones respectivas. Adicionalmente, afectaría las estrategias judiciales o de otro tipo que el Consejo pudiere decidir, en cumplimiento de su mandato legal, en casos violaciones a los derechos humanos”.

en el contexto del gobierno digital y de la relevancia del principio constitucional de publicidad de los actos públicos.

2.4 Los problemas del Consejo Consultivo

La Ley del INDH contempla un órgano de carácter consultivo que sirve para asesorar al Consejo del INDH en cuestiones de su competencia, integrado por personas vinculadas a la promoción y al respeto de los derechos humanos provenientes de la academia y de organizaciones sociales. Además, participan del Consejo Consultivo las personas que hayan recibido el Premio Nacional de Derechos Humanos (artículo 14 de la Ley 20.405), lo que otorga a este Consejo un carácter marcadamente reflexivo, que permita proveer al Consejo del INDH y a la institución misma de una mirada externa, no constreñida por obligaciones legales ni compromisos políticos de otro tipo. En principio, un Consejo Consultivo “en forma” debiera ser capaz de mediar o al menos abordar los conflictos al interior del Consejo, los que se produzcan entre este último y los funcionarios, o en torno a la imagen del INDH ante el Estado o ante la opinión pública.

De acuerdo con la investigación desarrollada aquí, se pudo constatar que el Consejo Consultivo no se encuentra operativo, y que tampoco se realizaron sesiones especiales para abordar los graves problemas de derechos humanos que se generaron en el *estallido social*. Peor aún, los actuales miembros del Consejo Consultivo están operando fuera de los plazos legales de su nombramiento, por no haberse renovado la composición de este órgano de acuerdo con su propio reglamento interno. Según uno de sus miembros, las reuniones del Consejo Consultivo no tienen periodicidad, son extremadamente difíciles de convocar y ni siquiera existe claridad acerca de los puntos a tratar.¹¹⁶ Si bien en períodos anteriores existieron algunas iniciativas con el fin de dar cierta relevancia a este órgano, en el último tiempo ha caído en una suerte de olvido institucional. Durante el período de Sergio Micco al mando del INDH, solo se ha producido una reunión del director con tres miembros del Consejo Consultivo, cuyo tema principal fueron cuestiones internas. En enero de 2020, una de las consejeras envió un correo electrónico al director del INDH para que se convocara a una reunión especial con el propósito de tratar temas relativos al *estallido social*, pero problemas de coordinación habrían dificultado su convocatoria.¹¹⁷ En efecto, ni siquiera estaban actualizados los correos electrónicos de los miembros del Consejo Consultivo.

116 Miembro del Consejo Consultivo, entrevista realizada el 10 de junio de 2020.

117 *Ibid.*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo señalado en este capítulo, y considerando la situación excepcional por la que atravesó toda la institucionalidad estatal, podemos decir que el rol del INDH fue particularmente relevante para prevenir algunas violaciones a los derechos humanos. Esto, en especial, a partir del constante monitoreo y observación del ejercicio del derecho de reunión, y del uso de sus atribuciones legales para controlar el adecuado cumplimiento de los estándares constitucionales en relación al respeto del derecho a la libertad personal y la seguridad individual. Además, como vimos en la sección sobre el rol del INDH ante los Tribunales de Justicia, pudimos constatar la gran cantidad de acciones judiciales iniciadas por la Unidad de Protección de Derechos, que se desplegó en todo el territorio nacional, conformando una vasta red de colaboradores formales e informales que contribuyeron en la recopilación de antecedentes y eventuales pruebas que puedan ayudar al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo anterior constituyó un aporte decisivo para la búsqueda de la verdad, la justicia y la eventual reparación de las graves violaciones ocurridas. Asimismo, pudimos constatar que ejerció su rol de informar a los poderes del Estado, en particular al Congreso, de la situación en materia de derechos humanos. Así, en términos generales, podemos decir que el INDH estuvo a la altura de las difíciles circunstancias, sobre todo considerando la delimitación de sus atribuciones legales y la falta de recursos, factores que no impidieron el ejercicio adecuado de su mandato legal.

Como se anotó a lo largo del capítulo, los procesos judiciales iniciados por violencia institucional están sujetos a una serie de limitaciones, lo que permite levantar ciertas dudas respecto de su traducción en justicia efectiva y pronta para las víctimas. Frente a dichas limitaciones, se ha abierto un debate respecto de una posible Comisión de Verdad del *estallido social* y los términos que está debería adoptar. Si bien se podría tratar de una instancia positiva, existen ciertas aprensiones, según estiman algunos funcionarios del INDH, respecto a que su creación conlleve un reemplazo de justicia por verdad.¹¹⁸ En tal sentido, un importante funcionario estima que los órganos que componen el sistema de justicia deben orientar todos sus esfuerzos para esclarecer los hechos ocurridos y reparar a las víctimas, de modo que la conformación de una Comisión de Verdad solo sería razonable en un momento posterior.¹¹⁹ Por su parte, un director regional plantea que existen múltiples dificultades para que este sea el “año de la justicia”. Aunque cree que deben hacerse los mayores esfuerzos en esa dirección, a su juicio, el

118 Funcionario 1, entrevista realizada el 27 de mayo de 2020.

119 *Ibíd.*

énfasis estará puesto en la exigencia de verdad. Definir las prioridades en ese sentido, sin duda, será uno de los grandes debates, que deberá ser abordado con la máxima seriedad. También, estimamos que es un buen momento para discutir respecto del marcado carácter litigioso que posee el INDH. Como refirió uno de los entrevistados, existe una concepción predominantemente “de defensa jurídica”, cuestión que termina por convertir al INDH en una “oficina de alegatos”, relegando a un segundo plano otro tipo de funciones, como las de prevención.¹²⁰

Por otro lado, y como destacamos en diversas partes del capítulo, existen ciertos desafíos pendientes, en especial considerando algunas deficiencias del diseño institucional y el deterioro de las premisas sociales y políticas sobre las cuales se pensó originalmente la institución. Estos desafíos adquieren mayor relevancia con vistas al debate constituyente que se avecina, que obligará a considerar o a repensar la posición que la institucionalidad de derechos humanos pudiere ocupar en la nueva arquitectura constitucional. El diseño institucional del INDH, con un órgano político colegiado en su núcleo, está pensado sobre el supuesto de que existen ciertos consensos mínimos que le dan una unidad de propósitos, marcada por los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien esta última disciplina acoge diversos espacios de desacuerdo en torno al contenido sustantivo de ciertos estándares, existen mínimos compartidos que dotan al derecho internacional de los derechos humanos de su fuerza normativa y de su carácter de urgencia. Como analizamos aquí, estas premisas sociales y políticas se vieron enfrentadas a diversas tensiones y conflictos, en especial al interior del Consejo del INDH. Estos problemas –algunos de los cuales se originaron antes del *estallido social*– también han afectado a la plana funcionaria, que aún tiene desafíos pendientes en materia de profesionalización.

A estas dificultades se suman, además, ciertas cuestiones propias del diseño institucional, como el hecho de que el director del INDH sea un consejero, cuestión que se torna problemática cuando existen altos niveles de polarización; y que los consejeros tengan una dedicación parcial a sus labores, generando cierta distancia con el resto de la institución y afectando la cohesión institucional que se requiere en tiempos complejos. Por último, y como señalamos en una sección especial, un Consejo Consultivo en forma, originalmente pensado para ayudar al Consejo del INDH y a la misma institución en cuestiones complejas, pudo haber sido de gran ayuda en el abordaje de los desafíos institucionales a los que se vio sometido el INDH durante el *estallido social*.

En el actual escenario, marcado por la eventual creación de una nueva Constitución que modificará toda la arquitectura institucional

120 Funcionario 5, entrevista realizada el 6 de mayo de 2020.

del Estado chileno, es imperativo reflexionar acerca de la posición que ocupará el conjunto de entidades u órganos que forman parte de lo que se ha denominado *institucionalidad de derechos humanos*. ¿Es la institucionalidad de derechos humanos un tema de relevancia constitucional? ¿Es necesario garantizar la autonomía constitucional de una institución como el INDH? ¿Cómo pensar en una institucionalidad de derechos humanos en relación con la apertura constitucional hacia el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Cómo abordar la demanda por generar institucionalidad que vaya en protección de diversos grupos desaventajados? Estas y otras preguntas incluyen temas que eventualmente serán abordados en el debate constituyente, y para ello se requiere contar tanto con información actualizada como con los aprendizajes generados por la práctica institucional reciente, y por la experiencia comparada, que ayuda a comprender de mejor manera la relevancia de contar con una institucionalidad de derechos humanos en forma.

RECOMENDACIONES

1. Reforzar la Unidad de Protección de Derechos, a través de personal especializado y/o de abogadas/os colaboradoras/es, con el objeto de hacer seguimiento a la gran cantidad de acciones judiciales iniciadas por el INDH, garantizando el cumplimiento de los estándares derivados del derecho a la tutela judicial efectiva.
2. Eliminar la atribución presidencial de nombrar a dos consejeros del INDH, en cumplimiento con lo señalado en los “Principios de París” relativo a la autonomía de la institución.
3. Realizar una evaluación del funcionamiento del actual diseño institucional del INDH, especialmente de su Consejo, y proponer las modificaciones legales que permitan un adecuado cumplimiento de su mandato legal, esto es, la promoción y protección de los derechos humanos.
4. Mejorar la transparencia del Consejo del INDH y entregar información fidedigna, pertinente y actualizada de las actas de dicho Consejo, las que constituyen una valiosa fuente de información y de control ciudadano para el ejercicio adecuado de las atribuciones legales y del mandato del INDH.
5. Garantizar, de manera inmediata, las condiciones adecuadas para que el Consejo Consultivo pueda ejercer sus funciones.

VIOLENCIA POLICIAL DESDE EL ESTALLIDO SOCIAL

Eduardo Alcaíno Arellano ¹

¹ En colaboración de los/as ayudantes Kamila Soto Mardones, Elisa Franco Sentis, Pablo Guajardo Aubel y el abogado Franco Schiappacasse Buckendahl.

RESUMEN

Uno de los principales sucesos que causaron conmoción durante el *estallido social* ha sido la violencia estatal ejercida sobre los ciudadanos en todo el país, lo cual se tradujo en múltiples y graves violaciones de derechos humanos. Sin perjuicio de la tentación de percibir estos sucesos como una situación excepcional, creemos que son parte de una realidad que sigue suscitándose, con alguna notoriedad y magnitud, a través de los años en nuestro país y, por lo mismo, requiere ser descrita, contextualizada y comentada. En ese contexto, el presente capítulo tiene como objetivo realizar una evaluación del comportamiento de Carabineros, la Policía de Investigaciones y las Fuerzas Armadas en relación a las personas y en respuesta al *estallido social*, el cual, a la luz de los estándares de derechos humanos, se tradujo en violaciones a las obligaciones internacionales del Estado de Chile.

PALABRAS CLAVES: Violencia policial, Carabineros, Policía de Investigaciones, Fuerzas Armadas, responsabilidad, tortura.

INTRODUCCIÓN

El 26 de noviembre de 2019, Fabiola Campillai se dirigía junta su hermana a un paradero del transporte público en la comuna de San Bernardo para tomar un bus de acercamiento que la llevaría a su lugar de trabajo. En ese momento, su vida cambió completamente: recibió el impacto en su cabeza de un proyectil de gas lacrimógeno percutido por una escopeta de Carabineros. Producto de dicho impacto, además de graves lesiones en su rostro, perdió la visión de sus dos ojos.

Fabiola Campillai es una de las centenares de víctimas de la represión que provocó el *estallido social*, cuya situación fue difundida en Chile y el mundo. Hubo víctimas de disparos con balines de perdigones, con graves lesiones en diversas partes del cuerpo, incluyendo pérdida de visión. También, víctimas de golpes de puños y pies, con bastones retractiles y otros elementos, de estrangulamientos, de desnudamientos y de violencia sexual. En muchas ocasiones, no se consideró por parte de las fuerzas policiales si se trataba de niñas, niños y adolescentes o personas de la tercera edad, ni se diferenció, a veces, a manifestantes violentos de otros ciudadanos que se expresaban de manera pacífica.

No obstante los avances que ha habido en el cumplimiento del Estado de Chile en sus obligaciones internacionales respecto a la violencia policial,² el *estallido social* dejó de manifiesto que las malas prácticas continúan produciéndose a través de los años en nuestro país y, por lo mismo, requieren ser descritas, puestas en contexto y evidenciadas. Si alguna duda existía al respecto, los hechos acaecidos el viernes 2 de octubre de 2020 nos recordaron esta lamentable tendencia: durante una marcha, un joven de 16 años fue empujado en el puente Pío Nono por un funcionario de Carabineros, cayendo hacia el río Mapocho y sufriendo graves heridas que, por suerte, no le generaron la muerte.

2 Sabrina Perret y Eduardo Alcaíno, "La tortura en Chile: estado actual desde la Reforma Procesal Penal", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2015*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 119-158.

Por lo mismo, resulta relevante, para efectos de recordar las obligaciones que tiene el Estado de Chile en la materia, describir los hechos de violencia que se suscitaron desde el 18 de octubre y las consecuencias que generaron.

El presente capítulo tiene como objetivo analizar el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, especialmente Carabineros, y su respuesta al *estallido social*, a la luz de los estándares de derechos humanos, para así identificar las violaciones a las obligaciones internacionales del Estado de Chile en la materia. Particularmente, se analizará la fuerza empleada en el manejo del orden público, la cual, sin perjuicio de ser legítima, debe ser ejercida de manera proporcional y necesaria. De otra manera podría implicar afectaciones graves a la integridad física, psíquica e incluso a la vida de las personas, constituyendo, en algunos casos, torturas y tratos crueles e inhumanos.

Se realizó un análisis de todos los informes de instituciones relacionadas a la defensa de los derechos humanos, actuales y anteriores, de diversas instituciones públicas nacionales y también de organismos internacionales del sistema de protección de derechos humanos, artículos de medios de prensa, requerimientos de acceso a información pública, y otras fuentes abiertas, con el objetivo de identificar y resumir los principales hechos de violencia ocurridos desde el 18 de octubre de 2019 hasta el cierre del presente *Informe*. Adicionalmente, se realizó una revisión de la principal normativa nacional que regula el accionar de Carabineros y las Fuerzas Armadas en el control del orden público y, a su vez, la normativa internacional al respecto.

1. HECHOS DE VIOLENCIA COMETIDOS POR FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD Y FUERZAS ARMADAS DESDE EL 18 DE OCTUBRE

A continuación, se describirán los principales hechos de violencia protagonizados por las Fuerzas de Orden y Seguridad y Fuerzas Armadas, que fueron constatados por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos y sociedad civil.

1.1 Instituto Nacional de Derechos Humanos

Desde la noche del 18 de octubre, el INDH tuvo un rol relevante en la visibilización de los hechos de violencia estatal, difundiéndolos a través de los medios de comunicación y redes sociales y, a su vez, mediante diversas acciones judiciales que se interpusieron, ya sea para denunciarlos criminalmente o solicitar la protección judicial en caso de que los derechos de ciudadanos estuvieran siendo vulnerados.³

3 El rol del INDH y las acciones desplegadas es analizada en forma detallada en el capítulo de este *Informe* elaborado por Tomás Vial y Alberto Coddou.

El INDH presentó 1.456 acciones judiciales, de las cuales 1.432 corresponden a querellas y 24 a recursos de amparo, interpuestos en Tribunales.⁴ Cabe destacar que, contrario a lo que comúnmente uno supondría, si se considera la concentración poblacional, un 36% de las acciones fueron presentadas en la zona sur de Chile, un 24% en la zona norte, y solo un 18% en la Región Metropolitana.⁵

La mayoría de las acciones judiciales fueron interpuestas durante el Estado de Excepción Constitucional, probablemente debido a que se trató del periodo de mayor violencia social, sin perjuicio de que el INDH interpuso un número relevante de acciones durante el resto de los meses.⁶

En cuanto a las características de las víctimas representadas en dichas acciones judiciales, en su gran mayoría corresponden a hombres (75%) y a adultos (84%),⁷ aunque existe un porcentaje significativo de mujeres y niños, niñas y adolescentes⁸ que también resultaron afectados.⁹

Respecto a las conductas desplegadas por los agentes estatales, las acciones judiciales del INDH dan cuenta de que, en total, 1.234 personas habrían sido víctimas de tortura y otros tratos degradantes, mientras que 282 personas habrían sido víctimas de tortura con violencia sexual.¹⁰ A su vez, como indica el INDH, 34 personas han sido víctimas de homicidio frustrado a manos de agentes estatales.¹¹

Cabe destacar que, según el INDH ha indicado, en la mayoría de sus acciones judiciales los autores de la violencia desatada el 18 de octubre pertenece a Carabineros, con un 92% del total. En el resto, un 5% corresponde a militares, un 2% a la Policía de Investigaciones y un 1% a Gendarmería.¹² En el porcentaje perteneciente a miembros de Carabineros, 1.161 casos serían por torturas y otros tratos, 270 casos por tortura con violencia sexual y 87 casos por homicidio.¹³

En relación con el tipo de violencia ejecutada por parte de los agentes estatales y que, a criterio del INDH, ha implicado una vulneración de derechos, serían principalmente las siguientes: golpizas (1001), disparos (764), desnudamientos (223), amenazas (106), amenazas de

4 INDH, *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos, datos desde 17 de octubre de 2019, e ingresados hasta el 31 de octubre de 2020*, Santiago, p. 1.

5 En cuanto al resto de las acciones, un 7% corresponde a la zona austral y un 15% a la zona central. *Ibíd.*, p. 2.

6 INDH, *op.cit.*, p. 17. Se trata de acciones hasta marzo de 2020.

7 INDH, *op.cit.*, p. 6.

8 En adelante, "NNA".

9 INDH, *op.cit.*, p. 7. Un 25% de las víctimas eran mujeres, mientras que un 16% eran NNA.

10 *Ibíd.*, p. 17. Un 68% de las acciones judiciales se refieren a torturas y otros tratos, un 16% a torturas sexuales, un 1% a querellas por lesiones, y un 6% por violencia innecesaria.

11 *Ibíd.*, p. 7.

12 *Ibíd.*, p. 12. Existen 3 acciones judiciales en las cuales los autores habrían sido miembros de la Armada.

13 *Ibíd.*, p. 13.

muerte (82), tocación (52), atropello (26), amenaza de violación (25), impacto chorro de agua (21), quemaduras (2), ahogamiento con bolsa plástica (1), violación (8).¹⁴

Además de las acciones judiciales interpuestas, el INDH realizó un trabajo de visitas a centros hospitalarios y de atención médica con el objetivo de lograr pesquisar aquellas lesiones causadas a propósito de la violencia de agentes estatales.¹⁵ Dicho levantamiento de información indicó que la mayor cantidad de casos se produjo durante octubre y noviembre de 2019, con un total aproximado de 3.838 personas heridas. De ese porcentaje, 81% eran hombres adultos, 12% mujeres adultas, 6% niños y un 1% niñas.¹⁶

Dentro de las lesiones más frecuentes se encuentran las producidas por proyectiles de arma de fuego, las que suman 2.133 casos, un 55% del total. Entre los proyectiles utilizados, los perdigones son el grupo mayoritario con 1.687 casos.¹⁷ De estas lesiones con perdigones, el INDH ha identificado 460 lesiones oculares, la mayoría de las víctimas concentradas en la Región Metropolitana,¹⁸ de las cuales el 92% corresponde a lesiones o traumas, y un 8% a estallido o pérdida ocular.¹⁹

Por último, el INDH realizó visitas a recintos policiales para inspeccionar las condiciones de los detenidos, constatando 2.146 vulneraciones de derechos, entre ellas, uso excesivo de la fuerza en la detención (1.272), tortura y otros tratos (617), y acoso o violencia sexual (257).²⁰ Adicionalmente, realizó una serie de observaciones en las manifestaciones, constatando, entre otras, detenciones arbitrarias de personas y uso excesivo de la fuerza; disparos con la carabina lanza gases y perdigones en dirección al cuerpo de manifestantes; dirección del chorro del vehículo lanza aguas directamente contra los/as manifestantes, entre otros.²¹

2.1 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

El equipo de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU²² dedicó las tres primeras semanas de noviembre a investigar la situación en siete regiones de Chile, tras una invitación realizada por parlamentarios y,

14 El INDH destaca otros hechos, los cuales pueden verse en INDH, op.cit., p. 18.

15 *Ibid.*, p. 20. Se visitaron 68 centros médicos.

16 *Ibid.*, p. 21.

17 INDH, op.cit., p. 24. Destaca que un 44% de las lesiones correspondería a golpes con objeto contundente, golpizas, traumas, arma blanca, fracturas, etc., y un 8% lesiones por lacrimógenas.

18 411 casos.

19 INDH, op.cit., p. 24.

20 *Ibid.*, pp. 27 y 28.

21 *Ibid.*, pp. 31-32.

22 En adelante, "ACNUDH".

luego, por el mismo gobierno. Luego de su visita, emitió un informe²³ concluyendo que “hay razones fundadas para sostener que, a partir del 18 de octubre, se ha producido un elevado número de violaciones graves a los derechos humanos. Estas violaciones incluyen el uso excesivo o innecesario de la fuerza que resultaron en la privación arbitraria de la vida y en lesiones, la tortura y malos tratos, la violencia sexual y las detenciones arbitrarias. Estas violaciones se cometieron en todo el país, pero su gran mayoría ocurrió en la Región Metropolitana y en contextos urbanos”.²⁴

En primer lugar, el informe concluye que existió una privación arbitraria de la vida y muertes ilícitas que involucraron a agentes estatales. De los 26 casos que describe la ACNUDH, tuvo acceso a información de 11 de estos, de los cuales 4 implicaron privación arbitraria de la vida por parte de agentes estatales.²⁵

En segundo lugar, el informe concluye que “Carabineros y el Ejército no han adherido a las normas y estándares internacionales de derechos humanos relacionados con la gestión de las asambleas y el uso de la fuerza”, debido a que se utilizó fuerza no letal en manifestaciones pacíficas, sin distinguir entre manifestantes violentos y otros que se manifestaban pacíficamente, y un escaso uso progresivo o proporcional de métodos disuasivos. En particular, la ACNUDH indicó que “ha habido un uso innecesario y desproporcionado de armas menos letales, en particular escopetas antidisturbios, durante manifestaciones pacíficas y/o fuera del contexto de enfrentamientos violentos entre manifestantes y fuerzas de seguridad”.²⁶

Respecto de este último punto, el mismo informe documenta un número importante de lesiones oculares como resultado de las acciones de Carabineros, especialmente de disparos de escopetas antimotines, así como impactos de los cartuchos de gas lacrimógeno.²⁷ La ACNUDH consideró que el alto número de personas con lesiones en los ojos o la cara (aproximadamente 350), permiten presumir razonablemente que las “armas menos letales” se han utilizado de manera inadecuada e indiscriminada.²⁸ Además, el tipo de lesiones causadas muestra que muchos perdigones disparados por escopetas antidisturbios penetraron

23 La visita se extendió desde el 30 de octubre al 22 de noviembre de 2019. La ACNUDH visitó siete regiones (de Antofagasta, de La Araucanía, del Biobío, de Coquimbo, del Maule, la Región Metropolitana y la de Valparaíso). La metodología utilizada y las fuentes a las que tuvieron acceso para confeccionar este informe pueden apreciarse con detalle en la página 3 de dicho documento.

24 ACNUDH, *Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019, Ginebra*, 2019, p. 31.

25 *Ibíd.*, p. 11.

26 ACNUDH, *op.cit.*, p. 9.

27 *Ibíd.*, pp. 14-15.

28 *Ibíd.*, p. 14.

en el cuerpo y, por ende, existen razones para creer que fueron percutidas a poca distancia.²⁹

En tercer lugar, la ACNUDH recopiló información sobre 133 actos de tortura y malos tratos, los cuales, en la mayoría de los casos, habían sido ejecutados por personal de Carabineros.³⁰ La mayor parte de esos actos tuvo lugar durante el arresto, el traslado a los centros de detención o durante la detención.³¹

Respecto a las formas de maltrato, en general, estuvieron constituidas por golpes fuertes con los puños, patadas y “culatazos”;³² a menudo ejercidas por varios agentes y, en algunas situaciones, después de que la víctima ya había sido reducida al suelo, inmovilizada o esposada. Existen casos documentados de utilización de formas severas de restricción física, incluida la asfixia.³³ También, se detectaron casos de atropellos por vehículos policiales que, por su ejecución, en principio, permiten descartar la hipótesis de casualidad.³⁴ La ACNUDH documentó casos de tortura psicológica, incluyendo amenazas de muerte o agresión a los detenidos o sus familiares, violación, así como casos aislados de simulaciones de ejecuciones por parte de carabineros y militares.³⁵

Destaca el informe que dichos actos, en general, habrían ocurrido en lugares sin cámaras de vigilancia, en muchos casos, ejecutados por miembros de Carabineros que no llevaban identificaciones o habían alterado sus nombres en sus uniformes.³⁶ También se señala que muchas de estas personas agredidas fueron obligadas a declarar que no tenían lesiones para lograr ser liberados.³⁷

En cuarto lugar, al igual que el INDH, la ACNUDH documentó casos de violaciones y otras formas de violencia sexual,³⁸ las que incluyeron tratamientos degradantes (desnudamientos), comentarios homofóbicos o misóginos; golpes, o actos que causan dolor en los genitales y manoseos.³⁹

29 Op. cit., p. 15.

30 Op. cit., p. 16. También se documentó una serie de casos de tortura que involucran a personal militar.

31 *Ibíd.*, p.16. Durante el estado de emergencia y bajo el toque de queda, las personas privadas de libertad también sufrieron presuntas torturas y malos tratos en vehículos militares y/o policiales.

32 Golpear a alguien con la culata de un arma de fuego o con una porra.

33 ACNUDH, op.cit., p. 16.

34 *Ibíd.* Las simulaciones de ejecuciones, según el informe, “serían perpetrados como una forma de castigo por presuntos saqueos o por participar en las protestas, así como con el objetivo de obligar a los detenidos a abstenerse de presentar denuncias”.

35 *Ibíd.*, p. 17.

36 *Ibíd.*

37 *Ibíd.*

38 24 casos de violencia sexual contra 14 mujeres, 6 hombres, 3 niñas adolescentes y 1 adolescente en el contexto de protestas. También se documentó dos casos de violación presuntamente cometidas por Carabineros y miembros del Ejército, perpetradas contra hombres.

39 ACNUDH, op.cit., p. 18.

En quinto lugar, la ACNUDH documentó algunas características de las principales víctimas, que fueron, entre otras, (i) mujeres; (ii) personas defensoras de derechos humanos y periodistas; (iii) otros grupos, incluyendo etnias, personas LGBTI y extranjeros; (iv) NNA y jóvenes. Todas sufrieron por la utilización de gases y armas de perdigones, así como por allanamientos ilegales en escuelas y universidades.⁴⁰

1.3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH realizó una visita *in loco* entre el 25 y el 31 de enero de 2020, generando posteriormente un informe sobre la situación de derechos humanos a partir de las protestas sociales de octubre de 2019.⁴¹

La CIDH manifestó en su informe su preocupación por la respuesta del Estado frente a las movilizaciones, particularmente, por “la represión mediante un uso desproporcionado de la fuerza y conductas repetitivas de violencia en contra de manifestantes que resultó en un número elevado de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos”. En concreto, la CIDH “recibió testimonios de afectados directos y observó documentos audiovisuales de los que se desprende que se han producido disparos de perdigones y de cilindros de gas en dirección al cuerpo, cuello y rostro de manifestantes. Algunos de estos casos, implicaron la pérdida total de la visión, como el de un estudiante de 21 años, quien recibió impactos de perdigones en ambos ojos durante una manifestación, el 8 de noviembre; y el de una trabajadora que recibió un impacto de lacrimógena en su rostro, el 26 de noviembre, mientras esperaba el autobús para regresar a su casa”. La CIDH también recibió denuncia de decenas de periodistas y foto-reporteros que fueron agredidos por fuerzas de seguridad, o sufrieron el destrozo de sus equipos de trabajo.

La CIDH mostró su preocupación por el número de detenciones realizadas (23.274 detenciones), que derivaron en audiencias de control de detención. Adicionalmente, expresó su grave preocupación por denuncias de abusos sexuales –incluyendo denuncias de violaciones–, torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, en el contexto de las detenciones cometidas por Carabineros que incluirían “amenazas de ejecuciones, grave maltrato físico y verbal, golpizas, hacinamiento en lugares sin ventilación y vejaciones a niñas, niños y adolescentes, entre otros”.

En relación con grupos de especial vulnerabilidad, la CIDH informó sobre desnudamientos forzados, sentadillas, amenazas de violación a adolescentes y mujeres, inclusive embarazadas. Al mismo tiempo, La

40 Op. cit., pp. 26-28.

41 CIDH, *CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares*, 2020.

CIDH también recibió información que da cuenta de la especial afectación de los actos de violencia por parte de agentes del Estado, en el contexto de la protesta social, en perjuicio de la comunidad LGBTI. En ese sentido, la CIDH expresó su preocupación por actos de discriminación y violencia contra personas LGBTI, y en desmedro de niñas, niños y adolescentes. Respecto de estos últimos, la CIDH recibió información sobre los actos de represión y uso de la fuerza por parte de Carabineros en el interior de algunos centros educativos.

1.4 Misión internacional de observación a Chile

Diversas organizaciones chilenas de derechos humanos solicitaron una misión internacional de observación compuesta por distintas organizaciones de la sociedad civil,⁴² con el objetivo de que se constataran y documentaran los diversos hechos constitutivos de violaciones a derechos humanos.

En el informe que recopila los resultados de dicha visita, se indicó que “las graves violaciones a los derechos humanos desde el 18 de octubre de 2019 no constituyeron hechos aislados, sino que son expresión de prácticas de violencia estatal arraigadas en las fuerzas de orden y seguridad”.⁴³

En primer lugar, se concluyó que un número muy alto de personas que participaron de las protestas ha sido víctima de lesiones de distinta magnitud. Entre los diferentes tipos de agresión se documentan golpes a manifestantes con objetos de alto impacto, uso de bastones con ambas manos maximizando las consecuencias del impacto en la cabeza y cuerpo; atropellos a manifestantes con autos, camiones y motos institucionales; rociadura de gas pimienta en la cara; uso de munición letal a corta distancia y sin necesidad, con o sin resultado de muerte; uso de munición menos letal, disparada a corta distancia y a la altura del torso y cabeza de los manifestantes; técnicas de estrangulamiento sobre manifestantes que no se estaban oponiendo a la detención, infligiendo daño en cuello y ojos, que en determinados casos provocaron desmayos.⁴⁴

Destaca dentro de esas agresiones el uso indiscriminado de armas no letales por personal policial. Diversas fuentes dieron cuenta de que la fuerza pública utilizó gases lacrimógenos, carros lanza-agua y escopetas antidisturbios para castigar a los manifestantes y “no para responder de manera necesaria y proporcional a algún riesgo concreto a la vida o la integridad física de las personas o al patrimonio público”.⁴⁵

42 Misión Internacional de Observación a Chile, *Informe final*, 2020. El informe puede ser descargado desde <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/3533-informe-final-mision-de-observacion-a-chile.html>.

43 *Ibid.*, p. 13.

44 *Ibid.*, pp. 22-23.

45 *Ibid.*, p. 25.

En concreto, señala el informe, existió una disuasión descontrolada, no gradual e indiscriminada, destacando el uso de escopetas antidisturbios en forma horizontal, apuntando a la cabeza y torso de las personas que se manifiestan,⁴⁶ causando lesiones en la parte superior del cuerpo, inclusive la cabeza, y traumas oculares severos, significando en algunos casos la pérdida total de visión, globos oculares dañados o secuelas en el rostro.⁴⁷

En segundo lugar, se constata la ejecución por parte de agentes del Estado de torturas y otros tratos sobre personas detenidas. Estas se producen posterior a la detención, durante los traslados, previamente o después de la constatación de lesiones, y en las comisarías. La información recopilada da cuenta de golpes con los puños, rodillazos y puntapiés, golpes con los bastones policiales o “luma”, distintas formas de neutralización física desproporcionada que han derivado en pérdida de conciencia, amenazas y simulacros de fusilamiento, abuso sexual e incluso violación.⁴⁸ También se documentó uso prolongado de esposas en diversas posiciones, torsiones de extremidades superiores, aplicación de gas irritante en el rostro o en los recintos de privación de libertad, privación de agua y comida, exposición de detenidos mojados a temperaturas frías en las comisarías en el sur del país, largo tiempo en los furgones de traslados de personas imputadas sometidas a altas temperaturas, golpes de pies y puños y con las armas reglamentarias, y simulacros de fusilamiento.⁴⁹ Por último, se constataron casos de tortura psicológica, mediante amenazas de muerte o agresión a detenidos o a sus familiares con el fin de disuadirlos de denunciar esas acciones.⁵⁰

En tercer lugar, el informe también constató hechos de violencia sexual, incluyendo desnudamientos forzados y prolongados, acompañados de la realización de sentadillas para mostrar el ano y la vulva de las víctimas, comentarios de connotación sexual, presencia de funcionarios/os de distinto sexo que las personas detenidas, y tocaciones de partes íntimas.⁵¹

En cuarto lugar, el informe manifestó su preocupación por la aplicación de estos actos a grupos de especial vulneración, como son los NNA, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, personas migrantes y miembros de la comunidad LGTBIQ+I.⁵² También se des-

46 Op. cit., p. 27.

47 Op. cit., p. 29.

48 Misión Internacional de Observación a Chile, op.cit., p. 23.

49 *Ibíd.*, p. 24.

50 *Ibíd.*

51 *Ibíd.*, p. 33. También se indica que hay testimonios de mujeres que durante la detención fueron mojadas y posteriormente golpeadas con toallas húmedas, golpes que no dejarían marcas visibles en el cuerpo.

52 *Ibíd.*, p. 42. Se resaltan casos de amenazas de deportación a los migrantes, así como agresiones e insultos abiertamente homofóbicos, racistas y misóginos.

tacan agresiones a defensores de derechos humanos, brigadas de salud, prensa y funcionarios de organismos de la sociedad civil.⁵³

1.5 Informe Human Rights Watch

Con fecha 26 de noviembre, Human Rights Watch⁵⁴ se reunió con el presidente Sebastián Piñera para hacerle entrega de un informe que documenta graves violaciones de derechos humanos, que incluyen uso excesivo de la fuerza en las calles y abusos a las personas durante su detención, en el contexto de las protestas iniciadas el 18 de octubre.

En primer lugar, HRW concluyó que Carabineros utilizó la fuerza de manera excesiva en respuesta a las protestas e hirió a miles de personas, con independencia de si habían participado en hechos violentos o no. Específicamente, el uso de escopetas que disparan perdigones en forma indiscriminada afectó tanto la parte superior como inferior del cuerpo. Entre las heridas más graves se incluyen las lesiones oculares.⁵⁵ Adicionalmente, por el tipo de lesiones ocasionadas en algunos casos, se sugiere que los disparos fueron realizados a corta distancia debido a que los perdigones se dispersan luego del disparo.⁵⁶

Sumado a lo anterior, HRW recopiló antecedentes que dan cuenta de disparos de cartuchos de gases lacrimógenos directamente hacia los manifestantes, lo cual, como indica el informe, “puede ser letal”.⁵⁷ También sugieren varios casos de policías que embistieron a manifestantes con vehículos o motocicletas.⁵⁸

En segundo lugar, HRW señaló que la policía posee amplias facultades de detención, refiriéndose al control de identidad preventivo e investigativo, las cuales “a falta de un seguimiento riguroso sobre cuándo y cómo se ejercen estas facultades, este sistema podría contribuir a que ocurran detenciones discriminatorias y abusivas”.⁵⁹ Entre otros temas, HRW sugiere que un grupo importante de personas habrían sido víctimas de arrestos arbitrarios por transgredir el toque de queda, debido a que los miembros de Carabineros no están habilitados para detener a personas que incumplan el toque de queda y solamente pueden imponer una multa.⁶⁰

En tercer lugar, HRW concluyó que existieron maltratos, abuso sexual y torturas durante la detención. En concreto, el informe

53 Op. cit., p. 43.

54 En adelante, “HRW”.

55 Human Rights Watch, Informe, *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas. Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención*, Santiago, p. 4. La segunda causa más frecuente fueron impactos de cartuchos de gases lacrimógenos.

56 *Ibid.*, p. 5.

57 *Ibid.*, p. 9.

58 *Ibid.*, p. 11.

59 *Ibid.*, p. 13.

60 *Ibid.*

indica: “Lo cierto es que hay Carabineros que han ordenado el desnudamiento de personas en un contexto que sugiere discriminación contra mujeres y niñas y no se advierte que hayan tenido siquiera la creencia equivocada de que estas personas estuvieran intentando ingresar objetos de contrabando al lugar de detención. Según datos del INDH, es más probable que los Carabineros obliguen a mujeres y niñas a desvestirse que a hombres. Una abogada chilena de derechos humanos nos contó de un caso en donde, a pesar de que hombres y mujeres habían sido detenidos en las mismas circunstancias, Carabineros obligaron a desvestirse únicamente a las mujeres. A su vez, mencionó otros casos en que Carabineros tocaron los genitales de las mujeres tras obligarlas a quitarse la ropa. El INDH también documentó casos de amenazas de violación sexual, así como la violación sexual de cuatro hombres”.⁶¹

El informe también destaca casos de posibles violaciones de derechos de NNA cometidas durante las manifestaciones, entre el 18 de octubre y el 15 de noviembre: 118 presentaban lesiones físicas vinculadas con golpizas y 59 tenían lesiones causadas por perdigones y balas.⁶² Además, el informe indica casos de varias personas que afirmaron haber sufrido abusos durante la detención, dijeron que los agentes no llevaban placas con su nombre, así también, que la revisión médica para constatar lesiones en centros de salud, se realizó sin mayor privacidad, inclusive, en ocasiones, con el funcionario policial presente.⁶³

1.6 Defensoría de la Niñez⁶⁴

De acuerdo con el informe presentado por la DDN “durante el estado de excepción y el establecimiento del toque de queda, los NNA fueron víctimas de diversos delitos cometidos, principalmente por Carabineros, entre los que destacan abusos de poder, golpizas y violencia sexual”.⁶⁵

Entre otras afectaciones de los NNA, la DDN indica que los casos reportados incluyen diversos hechos, tales como detenciones ilegales, lesiones y desnudamientos, impacto de perdigones dentro del domicilio particular, detenciones ilegales con apremios ilegítimos, amenazas y lesiones, lesiones por bala, lesiones por perdigones en manifestación, heridos por bala en vehículo particular, arrastres en motos policiales y heridas por perdigones en manifestaciones e insultos, entre otros.⁶⁶

61 Op. cit., p. 14.

62 Op. cit.

63 Human Rights Watch, op.cit., p. 16.

64 En adelante, “DDN”.

65 Defensoría de la Niñez, *Estudio sobre efectos del estado de excepción y posterior crisis social 2019, en niños, niñas y adolescentes*, 2020, p. 26

66 *Ibíd.*, p. 26.

Dentro de las lesiones que se detectaron, el 2% son por trauma ocular, 53% son por lesiones físicas de otro tipo, 15% son por impacto de perdigones o balín y 2% son por impacto de bala. En el 77% de las denuncias recibidas, los NNA se encontraban en marchas, manifestaciones o en situaciones cotidianas. A su vez, 8 de cada 10 víctimas correspondían a niños o adolescentes de sexo masculino.⁶⁷

2. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DE VIOLENCIA

2.1 Uso de armamento no letal por agentes policiales

2.1.1 Uso injustificado de escopetas de balines o perdigones a la luz de los estándares de derechos humanos

Como categóricamente señalan los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,⁶⁸ “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego”, agregando que “(...) Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”. Como lo ha sostenido la Corte IDH, en virtud de los artículos 4, 5 y 1.1 de la CADH, el uso de la fuerza debe ser excepcional y se exige a la policía distinguir entre quienes pueden representar por su conducta violenta una amenaza inminente de muerte o lesión grave para terceros y quienes ejercen su derecho a manifestarse de manera pacífica.⁶⁹

Los organismos internacionales y otras instituciones descritas en este informe constataron que agentes estatales, especialmente Carabineros, hicieron uso de escopetas de balines o perdigones, que fueron disparadas sobre grupos de manifestantes y dirigidas a la altura del torso y cabeza de las personas, causando lesiones de diversa magnitud, entre ellas, secuelas en el rostro y traumas oculares severos. Esto último significó en algunos casos la pérdida total de visión o globos oculares dañados. Todo lo anterior constituye un uso desproporcionado e innecesario de la fuerza sobre las personas.

De acuerdo con la información reseñada anteriormente, se desprende que no se trató de hechos aislados, sino de miles de heridos en todo el país, con impactos en diversas partes del cuerpo producto del uso

67 Op. cit.

68 En adelante, “Principios Básicos”.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Perozo y otros versus Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 166.

de escopetas. La cantidad de personas afectadas, las partes del cuerpo lesionadas y la gravedad de esas lesiones, así como el disparo de proyectiles sobre grupos de personas, da cuenta de un accionar que, en general, no tuvo por objetivo ejercer alguna acción defensiva ni se trató del último medio disponible, sino, más bien, tuvo la finalidad de dispersar las manifestaciones y, en su caso, dañar a los manifestantes. Esa forma de proceder contravino de manera clara y contundente los protocolos nacionales sobre uso de la fuerza en el control del orden público y los estándares internacionales al respecto y, por ende, vulneró el derecho a la integridad física de las víctimas.

2.1.2 Protocolos de uso de la fuerza de Carabineros al 18 de octubre de 2019

La regulación del uso de la fuerza de Carabineros y Fuerzas Armadas se encuentra expresada en diversas normas.

- a) Decreto N°1364 de 2018:⁷⁰ Tuvo por objetivo el sometimiento del uso de la fuerza pública, en intervenciones policiales, a estándares de derechos humanos y con respeto a garantías constitucionales. En lo relevante, el artículo primero estableció lineamientos generales sobre el uso de la fuerza, entre ellos, el principio de legalidad, evitación del uso excesivo de fuerza en manifestantes no violentos, prohibición del uso de fuerza sobre detenidos, salvo excepciones, entre otros. El Decreto no alude al uso de un determinado tipo de armas.
- b) Circular N°1.832 del 1 de marzo de 2019: Tuvo por objetivo regular el uso de la fuerza para el control de la ley y en las investigaciones que lleve a cabo Carabineros. Además de establecer la sujeción del ejercicio de la fuerza a los principios generales de legalidad, proporcionalidad, responsabilidad y necesidad, la normativa dispuso de manera explícita los escenarios en que se puede hacer uso de la fuerza y, a su vez, la conducta específica y las armas que personal policial podrá utilizar. En concreto, se distinguen seis niveles de conducta de los ciudadanos y, asociada a cada una de esas conductas, el tipo de fuerza que podrá ejercer el personal policial y, en su caso, la clase de armamento. A continuación, se puede apreciar una tabla con dicha categorización:

70 Cabe recordar que los protocolos, en especial la Circular N°1832, son parte de los compromisos del Estado de Chile en el marco de la solución amistosa propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el caso *Alex Lemún* (con fecha 9 de marzo de 2018).

Cuadro 1: Modelo para el uso de la fuerza policial de Carabineros

Nivel	Resistencia	Características	Fuerza	Medios
1	Cooperación	Cumplimiento de indicaciones.	Verbalización	Preventivos. Presencia física y diálogo.
2	Resistencia pasiva	No acatamiento de las indicaciones. Actitud Indiferente o indolente, a través de afirmaciones corporales o verbales negativas.	Verbalización	Preventivos. Persuasión, negociación, mandato premonitorio.
3	Resistencia activa	Oposición a fiscalización. Intento de evasión o resistencia física.	Control físico	Reactivos. Reducción para doblegar fuerza e inmovilizar.
4	Agresión activa	Intento de lesionar al carabineros para resistir el control o evadirlo. No pone en riesgo vidas.	Uso de armas no letales	Reactivos. Técnicas defensivas para inhibir agresión.
5	Agresión activa potencialmente letal	Ataque con armas o tácticas lesivas graves potencialmente letales.	Uso de armas letales	Reactivos. Fuerza potencialmente letal para repeler la agresión y resguardar la vida del Carabinero o de un tercero.

Respecto del uso de armas no letales, como lo sería la escopeta antidisturbios, el protocolo establece que solo se podrá utilizar ante una agresión activa, es decir, un intento de agresión al funcionario para resistir el control o evadirlo, sin poner en riesgo vidas. Inclusive, como se puede apreciar en el cuadro, se indica que es una técnica defensiva para inhibir la agresión. No se establecen lineamientos específicos respecto del uso de las escopetas antidisturbios.

c) Orden General N°2635 de la Dirección General de Carabineros de Chile (04 de marzo de 2019): Establece nuevos protocolos internos para el mantenimiento del orden público disponiendo que todas las actividades de Carabineros a nivel nacional, relativas al resguardo de reunión o al mantenimiento del orden público, se enmarquen en los lineamientos, criterios, principios y etapas que establecen los protocolos respectivos.

En relación con el uso de escopetas antidisturbios, se dispone que:

- Podrán utilizarse ante una agresión activa o una agresión activa potencialmente letal (niveles 4 y 5, respectivamente), y que deberá ser “consecuencia de aplicación necesaria, legal, proporcional y progresiva de los medios, cuando el efecto de otros elementos tales como agua, humo, gases y otros resulten insuficientes o el nivel de agresividad haga aconsejable su utilización para evitar un mal mayor en donde esté en riesgo la integridad física de los transeúntes, manifestantes o carabineros.⁷¹
- Se deberá considerar en todo momento por parte del usuario aspectos como: distancia tirador, muchedumbre, características del lugar, o si hay grupos vulnerables en la población presente, con el objeto de calificar la munición a utilizar o conveniencia de uso.
- Si se toma conocimiento de haber ocasionado una lesión a una persona, se procederá lo antes posible a prestar asistencia al afectado, dar cuenta al mando y adoptar el procedimiento policial correspondiente, incluyendo, si procediere, la detención del causante de las lesiones, haciendo la respectiva lectura de derechos.
- Usuario debe estar debidamente calificado. Certificación al día que lo faculte a emplearla. Debe verificar que el tipo de cartuchos a utilizar sean los que correspondan a uso antidisturbios, desde un punto de vista legal y reglamentario. Tipos de munición no letales (perdigones de goma, super sock).

2.1.3 La problemática regulación de los protocolos de uso de armas no letales de Carabineros vigentes al momento del 18 de octubre

Uno de los aspectos centrales que podría explicar el uso indiscriminado e injustificado de las escopetas antidisturbios guarda relación con la defectuosa e insuficiente regulación de los protocolos existentes para el ejercicio de la fuerza no letal en manifestaciones.

Si bien la Orden General N°2635, como se apreció, describía un uso proporcional y necesario, se trataba solo de directrices generales acerca de la utilización de armamento no letal, pero no se hacía cargo de cuestiones fundamentales en el uso de la fuerza,⁷² como lo es el señalamiento del ángulo de tiro, la distancia específica, las partes del cuerpo

71 Un mayor detalle puede verse en Ciper.cl: “Protocolo de Carabineros: el discurso de la inobservancia y la ausencia de crítica al protocolo en sí”, 25 de noviembre de 2019.

72 El Protocolo indica, de manera general, que “Se deberá considerar en todo momento por parte del usuario aspectos como la distancia entre el tirador y la muchedumbre, las características del lugar (abiertos, cerrados, pasajes, calles, etc.), o si en la muchedumbre se encuentran participando niños, niñas o adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con capacidades diferentes o con notorios problemas de salud, lo anterior con la finalidad de evaluar el tipo de munición a utilizar o la conveniencia de su uso”.

a las cuales apuntar, etc. Aquellos factores se encuentran entregados a la voluntad y pericia del tirador y, como fuera indicado por diversas fuentes, la utilización de escopetas antidisturbios a cierta distancia o, en su caso, dirigidas al torso superior del cuerpo, aumenta las posibilidades de causar lesiones de gravedad, especialmente en la cara y ojos.⁷³ En este sentido, la masividad de las lesiones en diversas partes del cuerpo podría dejar entrever una falta de capacitación y conocimiento de las reglas de disparo, pero se requiere una investigación exhaustiva del Estado para efectos de indagar o descartar la hipótesis de eventuales instrucciones o prácticas institucionales orientadas a la generación de ese tipo de daño.

En esa línea, es importante indicar que la ACNUDH posee una guía con recomendaciones para el uso de la fuerza por parte de agentes policiales. En dicho documento, y en específico respecto del uso de balines, se recomienda disparar con el objetivo de afectar las piernas y la parte baja del abdomen, y ante un inminente riesgo para la integridad de la policía o de un tercero. Además, advierte todos los riesgos que se han materializado desde el 18 de octubre al apuntar a la cara o la cabeza pudiendo provocar fractura de cráneo y lesión cerebral, daño a los ojos, incluida ceguera permanente o incluso la muerte.⁷⁴

Reforzando esta idea, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que las armas no letales deben estar sujetas a testeo independiente, ser utilizadas por personal adecuadamente capacitado y debe monitorearse y evaluar el impacto en aquellas personas que fueron afectadas.⁷⁵

Estas directrices, al menos en la Orden General N°2.635, y particularmente la obligación de dirigir el disparo a la zona del tronco inferior y de ejercerla sobre personas específicas que están ejecutando actos de violencia, no se encontraban recogidas, en circunstancia de que su regulación y cumplimiento resultaba fundamental para efectos de que el uso de escopetas se realizara de forma limitada y proporcional, cuestión que, en los hechos, se pudo apreciar, claramente no fue así. De esa manera, y como lo ha indicado la jurisprudencia internacional, “el Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios Básicos sobre empleo de la fuerza y armas de fuego para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y Código de conducta para funcionarios

73 Un análisis detallado sobre esto puede verse en Ciper: “No disparar a la multitud. Prohibiciones internacionales en el uso de la munición antidisturbios que Carabineros no cumple”, 28 de mayo 2020. También puede verse Scott A. Reynhout, “Propiedades balísticas de perdigones antidisturbios ‘menos letales’ y su relación con trauma ocular severo en Chile”, *Ars Medica Revista de Ciencias Médicas*, Volumen 45, número 2, 2020.

74 United Nations Human Rights, *Guidance on less lethal weapons in law enforcement*, Advance Edited Version, 2020.

75 Human Rights Committee, *General Comment No. 37 on Article 21 of the International Covenant on Civil and Political Rights – Right of peaceful assembly*, CCPR/C/GC/37, 2020.

encargados de hacer cumplir la ley”.⁷⁶ El incumplimiento de esto último puede acarrear responsabilidad para el Estado de Chile.

Adicionalmente, en el contexto de las mismas directrices establecidas por protocolos, se aprecia un incumplimiento por parte de los agentes policiales: en primer lugar, existe relevante información que da cuenta de un uso innecesario (sin evaluar otras medidas menos lesivas) sobre grupos de manifestantes, sin distinguir entre aquellos que pudiesen estar generando alguna situación de riesgo para terceros o para los mismos funcionarios policiales; en segundo lugar, no habría habido evaluación de los parámetros generales, como distancia o características de lugar, sino que, más bien, un uso extensivo para dispersar manifestaciones; y en tercer lugar, los protocolos obligan a evaluar su uso en caso de presencia de grupos vulnerables, sin embargo, existe información relevante que acredita su utilización, por ejemplo, sobre niños, niñas y adolescentes. Esto último quedó en evidencia a propósito del ingreso de personal policial al Liceo 7 realizando disparos a las alumnas de dicho establecimiento.⁷⁷

2.1.4 Conocimiento de la problemática y pasividad de la autoridad

Ha existido una tardía y pasiva reacción de parte de las autoridades frente al uso indiscriminado de la escopeta antidisturbios, a pesar de la abundante información, recogida por medios de prensa e instituciones de derechos humanos, de que los protocolos no estaban siendo cumplidos y que eran insuficientes. En ese sentido, a fines del mes de octubre, el gobierno y Carabineros se encontraban informados, a través del Colegio Médico, de la peligrosidad que presenta el uso de las escopetas y balines.⁷⁸ Cabe destacar los múltiples intentos a través de recursos de protección y otras acciones judiciales ejercidas con el objetivo de que fuera el Poder Judicial quien ordenara a la autoridad que se abstuviera de utilizar este tipo de armamento.⁷⁹

En este sentido, un estudio de la Universidad de Chile analizó un proyectil disparado por Carabineros y concluyó que estaba compuesto solo en un 20% de caucho y el resto por minerales o metales de alta dureza como sílice y sulfato de bario, además de plomo. Producto de dicha composición, según el estudio, se aumentaría significativamente el daño que pueden producir los balines.⁸⁰ Si bien Carabineros indicó que la composición de los balines dependía del proveedor, decidió ordenar

76 Corte IDH, *caso Valencia Hinojosa y otra versus Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Serie C No. 327.

77 El Dínamo: “Carabineros reconoce ‘inobservancia del protocolo’ por disparos de perdigones en Liceo 7”, 5 de noviembre de 2019.

78 Colegio Médico.cl: “Colegio médico de Chile y Sochif solicitaron suspender uso de balines por parte de Carabineros y FFAA”, 28 de octubre de 2019.

79 Sin perjuicio de que varios recursos han sido rechazados, puede verse algunos acogidos en El Universal: “Corte de Valparaíso ordena a Carabineros cesar uso de balines a todo evento”, 19 de junio de 2020.

80 Uchile.cl: “Investigación U. de Chile comprueba que perdigones usados por Carabineros contienen solo 20 por ciento de goma”, 18 de noviembre de 2019.

la suspensión del uso de esta munición no letal como herramienta anti-disturbios, solo pudiendo ser utilizada, al igual que las armas de fuego, como una medida extrema y exclusivamente para la legítima defensa cuando haya un peligro inminente.⁸¹ Las conclusiones del estudio son muy graves, porque implican que podría haberse estado ocupando munición letal sobre manifestantes, arriesgando la integridad física e inclusive la vida de los mismos.

Pero, lo que resulta especialmente delicado, es que la institución policial tuviera conocimiento sobre los graves riesgos del uso de este tipo de municiones para la integridad física de las personas y, sin perjuicio de ello, no tomó medida alguna para evitar su utilización.⁸² En un informe de 2012, se concluyó que “existe una clara posibilidad de generar en la superficie corporal lesiones de carácter grave, donde incluso producto de la dispersión de los perdigones, puede verse afectada más de una superficie corporal” y, a su vez, que “sólo a los 30 metros de distancia, se observa que los perdigones no traspasan la estructura de madera, por lo que es más factible que a esta distancia o una mayor, sólo se generen lesiones leves, pese a que, de igual forma, existe el riesgo de generar una lesión ocular, que podría implicar la pérdida del ojo”.⁸³

Esto último es relevante ya que podría constituir un incumplimiento grave del Estado de Chile, considerando que su deber es “tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes”.⁸⁴ Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de “vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”.⁸⁵ Esto debiera implicar supervigilar la conducta de las fuerzas de orden y seguridad para que respeten siempre ese derecho esencial.

En septiembre de 2020, Carabineros anunció que modificaría la munición de las escopetas antidisturbios. El cartucho tendría ahora tres perdigones de goma, en vez de doce, y un tamaño superior a un centímetro de diámetro, en comparación a los antiguos que medían 8 milímetros. De acuerdo con la versión de la institución, este cambio está orientado a disminuir el riesgo de daños en las personas ya que

81 The Clinic.cl: “Carabineros reconoce diferencias en composición de balines y suspende su uso como ‘herramienta antidisturbios’”, 19 de noviembre de 2019.

82 Ciper.cl: “Ya en 2012 informe de Carabineros advirtió que escopetas antidisturbios provocan lesiones letales y estallido ocular”, 21 de noviembre 2019.

83 El informe concluye también que se recomienda el uso a una distancia superior a los 30 mts. y apuntando siempre hacia el tercio medio inferior del cuerpo.

84 Artículos 1, 6 y 8 CIPST. En el mismo sentido, *caso Ruiz Fuentes y otra versus Guatemala*, supra, párr. 173; y, *caso Azul Rojas Marín y otra versus Perú*, supra, párr. 178.

85 Corte IDH, *caso Hermanos Landaeta Mejías y otros versus Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de agosto de 2014, Serie C No. 2818.

el nuevo perdigón tendría una menor probabilidad de penetrar en el cuerpo humano.⁸⁶ Esto último resulta clarificador de la negligencia cometida por la institución al desconocer el poder dañino y eventualmente letal de las municiones que utilizaba.

2.1.5 Modificación a los protocolos de uso de la fuerza luego del 18 de octubre

Debido a esta serie de cuestionamientos realizados al uso de las escopetas antidisturbios, con fecha 14 de julio de 2020, se publicó en el Diario Oficial una actualización de los protocolos sobre su empleo.⁸⁷ Si bien se trata de un reconocimiento evidente de la insuficiencia normativa de los protocolos anteriores, de un uso indebido en la práctica y, en su caso, un avance en cuanto a las nuevas reglas incluidas, de todas maneras existen opiniones críticas respecto de su contenido.

A continuación, las principales modificaciones:

- Se establece un uso meramente defensivo, sobre todo en aquellos casos en que se persiga evitar o repeler agresiones contra la integridad física de manifestantes, otras personas o Carabineros o sus cuarteles.
- Su uso corresponde a niveles 4 y 5 (“agresión activa” y “agresión activa potencialmente letal”, respectivamente), salvo que su uso sea contra NNA, mujer embarazada o adulto mayor o una persona notoriamente con problemas de salud o discapacidad, pudiendo solo ser utilizada en el Nivel 5 (“agresión activa potencialmente letal”).
- Deberá por todos los medios posibles evitar apuntar su disparo al rostro, cabeza, torso (por sobre la parte baja del abdomen) y a superficies que pudiera impactar por rebote.
- Cuando la situación así lo permita, se deberá mantener una distancia con el sujeto que ejerce la agresión o acto que se intenta evitar o repeler, de acuerdo con la recomendación técnica, dependiendo de la munición menos letal empleada.
- Todo personal que emplee la escopeta deberá contar con una videocámara corporal, debiendo entregar los registros al finalizar su servicio para archivo y resguardo.

En concreto, no incluye una prohibición expresa a su uso contra grupos de personas y, a su vez, se mantiene una referencia general sobre la

86 La Segunda.cl: “Carabineros cambia munición de escopeta antimotines: baja de 12 a 3 perdigones de goma”, 23 de septiembre de 2020.

87 Orden General Número 2780.

exigencia de distancia respecto del sujeto a quien se disparará. Lo anterior no es irrelevante, ya que el establecimiento de reglas claras y precisas hace la diferencia entre causar lesiones leves o de mayor gravedad.⁸⁸

2.1.6 Uso injustificado de escopeta de gases lacrimógenos sobre manifestantes a la luz de los estándares de derechos humanos

Del mismo modo que en el caso de las escopetas de balines, se puede apreciar un uso indebido de este armamento, el cual, en principio, tiene como objetivo dispersar manifestaciones que se encuentran vulnerando el orden público. En ese sentido, ciertas situaciones de conocimiento público ilustran un uso, reñido con su fin original, destinado a causar algún tipo de daño o lesión a los manifestantes.

Es preciso enfatizar que se han producido casos en que las escopetas de gases lacrimógenos han sido apuntadas directamente a grupos de manifestantes, causándoles lesiones de diversa magnitud, inclusive de gravedad. Esto le sucedió a Fabiola Campillai, quien recibió un proyectil lacrimógeno en su frente, luego de lo cual se ha tenido que realizar 21 cirugías para reconstruir el rostro, evitar una lesión cerebral e, infructuosamente, impedir la pérdida de su visión.⁸⁹

En el mismo sentido, tenemos el caso de Diego Lastra, quien en una marcha realizada el 31 de diciembre de 2019 en la denominada “Plaza de la Dignidad”, recibió en su rostro un proyectil de gas lacrimógeno percutido por una escopeta, lo cual le causó fracturas faciales y un estallido ocular, que desembocó lamentablemente, en la pérdida de visión de uno de sus ojos.⁹⁰ Destaca también el caso de un ciudadano de Rancagua, quien recibió un proyectil lacrimógeno que, a diferencia del caso anterior, fue disparado a una distancia de 9 metros, aproximadamente, a su cabeza y mientras la víctima se encontraba de espalda, causándole una fractura de cráneo, hendidura y hematoma cerebral.⁹¹

Lo anterior no está regulado en los protocolos de Carabineros. No se establecen parámetros acerca de cómo utilizar las escopetas lanza lacrimógenas, ni prohibiciones que impidan apuntar directamente a una persona o dirigir el disparo a grupos de manifestantes. Las recomendaciones internacionales indican que los proyectiles no deben ser

88 Algunas críticas pueden apreciarse en *La Tercera*: “Carabineros limita uso de escopetas antidisturbios en control de orden público”, 17 de Julio de 2020. Entre otras, no se invitó a ninguna institución de la sociedad civil ni de derechos humanos a participar en la elaboración del protocolo.

89 Ciper.cl: “Fabiola Campillai: ‘Para mí no hay justicia. Tus ojos, no puede haber nada que te los devuelva’”, 27 de enero de 2020.

90 El Desconcierto.cl: “Insistieron en herirme”: Diego Lastra presenta querrela tras perder la visión por bomba lacrimógena”, 24 de enero de 2020.

91 *La Tercera*: “Juzgado condena por homicidio frustrado a carabinero que disparó bomba lacrimógena a la cabeza de civil en Rancagua”, 28 de julio de 2020. El funcionario policial fue acusado como autor del delito de homicidio frustrado y condenado por el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua.

disparados directamente a individuos, ni menos a la cabeza o su cara, ya que existe un riesgo alto de muerte o de lesiones graves.⁹²

2.2 Torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Como fuera descrito, existe información categórica y contundente que muestra que, durante el 18 de octubre y en los hechos vinculados al *estallido social*, agentes estatales ejecutaron actos de tortura y otros tratos en contra de ciudadanos. La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen diferentes formas de afectar el derecho a la integridad personal.

Por supuesto, los Estados –por ende, sus agentes– tienen legitimidad para ejercer aquellas acciones destinadas a garantizar la seguridad, controlar el orden público y, en general, para hacer cumplir la ley. Esas acciones pueden implicar el uso de la fuerza, en algunas circunstancias extremas, incluso de la fuerza letal. Sin perjuicio de ello, y como reconoce la Corte IDH, “el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores”.⁹³

Por lo tanto, y en relación a los hechos acontecidos luego del 18 de octubre, estamos en presencia de casos de uso de fuerza innecesaria y, por ende, ilegítima. En dicho contexto, es relevante recordar que los diversos tratados internacionales consideran actos de tortura aquellos intencionalmente destinados a generar dolor o disminuir las capacidades de la víctima, y con una determinada finalidad, que puede ser de investigación criminal o servir como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.

2.2.1 Torturas físicas

Han sido documentados, en los informes analizados anteriormente, una serie de actos ejecutados por agentes estatales, en especial por Carabineros, con el objetivo de generar dolor físico sobre las personas y, en general, para intimidar o castigarlas por el hecho de formar parte de manifestaciones o porque se habrían encontrado perpetrando algún delito. Las formas de maltrato más utilizadas son los puñetazos, rodillazos, puntapiés, y golpes con los bastones policiales o “lumas”. Al mismo tiempo, existen casos de utilización de formas severas de restricción física, uso prolongado de esposas en diversas posiciones; torsiones de extremidades superiores; incluida la asfixia de personas con partes del cuerpo o utilizando elementos como bolsas plásticas.

Entre los casos más emblemáticos de torturas y maltratos, se

92 Véase OHCHR, *Guidance on less-lethal weapons in law enforcement*, New York and Geneva, 2020, p. 31.

93 Corte IDH, *caso Cruz Sánchez y otros versus Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de abril de 2015, Serie C No. 292.

encuentra el que afectó a un ciudadano de 55 años que se manifestaba pacíficamente en Plaza Nuñoa, el cual fue golpeado con puños y pies por al menos 13 funcionarios de Carabineros, quienes le causaron lesiones graves, incluyendo la pérdida de visión del ojo izquierdo.⁹⁴ También, el caso de Carlos Núñez, quien fuera violentamente atacado por Carabineros cerca de su domicilio, con golpes de puntapié en la zona media del cuerpo y, especialmente, en la cabeza, dejándolo abandonado en estado de extrema gravedad en la vía pública. Posteriormente, ya en su domicilio, falleció producto de las lesiones causadas.⁹⁵ En el mismo sentido, en una situación que fue grabada por las cámaras de seguridad de la Comisaría de San Bernardo, un joven de 23 años fue agredido por funcionarios de Carabineros al momento de su detención, mientras se manifestaba en la plaza de esa comuna. Después, ya en el recinto policial, sin razón aparente y esposado, fue atacado con golpes de puño y pies, con bastón retráctil y también con gas pimienta.⁹⁶

2.2.2 Torturas psicológicas

Existen diversos casos de denuncias de simulaciones de fusilamiento o ejecuciones, amenazas de muerte a los detenidos y a sus familiares, inclusive de violación sexual, ejecutadas por personal de Carabineros o las Fuerzas Armadas.

Cabe recordar que la Corte IDH ha considerado la tortura psicológica, especialmente, cuando las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas genera una angustia moral grave y de relevante magnitud.⁹⁷ Por ejemplo, en el caso *Tibi versus Ecuador*, la víctima recibió amenazas y hostigamientos durante el periodo de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida, lo que constituyó una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.⁹⁸

2.2.3 Violencia sexual

En ese mismo contexto, destacan los actos de connotación sexual ejecutados especialmente sobre mujeres detenidas, entre ellos, desnudamientos, tocaciones en partes íntimas, manoseos, realización de sentadillas

94 La Nación.cl: "Fiscalía oriente reformalizó a 12 Carabineros por caso de tortura en Plaza Nuñoa", 14 de julio de 2020.

95 El Dínamo.cl: "CDE se querrela por muerte de Alex Núñez y acusa a Carabineros de ocultar información", 6 de febrero de 2020.

96 Radio Cooperativa: "Revelan imágenes de la tortura que sufrió joven en comisaría", 4 de marzo de 2020.

97 Corte IDH, *caso Maritza Urrutia versus Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2003, párr. 92; Corte IDH, *caso J. versus Perú*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre 2013, párr. 364.

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tibi versus Ecuador*, Serie C No. 114, prs. 145-149.

para mostrar el ano y la vulva de las víctimas, etc.⁹⁹ La Corte IDH ha considerado que la violencia sexual contra la mujer constituye una trasgresión al artículo 5.2 de la Convención Americana.¹⁰⁰ Por supuesto, en los casos más graves, como la violación sexual, la jurisprudencia internacional, como fue indicado, la ha considerado explícitamente como una forma de tortura en su dimensión psicológica.¹⁰¹ En este sentido, cabe destacar el caso de C.N.L.P, quien se encontraba al interior del supermercado Acuenta de la comuna de Peñalolén, en donde fue detenida por agentes de la Escuela de Telecomunicaciones del Ejército de Chile, junto a un grupo de aproximadamente 50 personas, por el delito de robo en lugar no habitado. Al momento de ser detenida le inmovilizaron las manos por la espalda, utilizando lazos de plástico, le apuntaron con el arma de servicio en la cara y la pusieron boca al suelo sobre la basura, indicándole que si se movía le dispararían, para luego empezar a tocar su cuerpo con el fusil y amenazarla con penetrarla con el arma.¹⁰²

Tal como se indicó anteriormente, la violencia en contra de las mujeres sea física, psicológica, sexual o de otra índole, es reconocida por diversos instrumentos de derechos humanos como una violación a los derechos humanos de las mujeres y, en especial, de la Convención sobre la prevención, eliminación, sanción y reparación de violencia contra la mujer.¹⁰³ En ese sentido, el Relator Especial contra la tortura, tratos

99 El Estado tiene la obligación de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades y funcionarios se comporten de conformidad con esta obligación, en los términos que señala el artículo 7.a de la Convención de Belém do Para para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres.

100 Corte IDH, *caso Maritza Urrutia versus Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre de 2003, párr. 92; Corte IDH, *caso J. versus Perú*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27 de noviembre 2013, párr. 364. Cfr.; Corte IDH, *caso del Penal Miguel Castro Castro versus Perú*, Fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre 2006, párr. 306.

101 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la violación sexual como experiencia traumática en diversas situaciones, señalando que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente". En ese sentido, véase *caso del Penal Miguel Castro Castro versus Perú*, Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de agosto de 2008, párr. 311; *caso López Soto y otros versus Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre 2018, párr. 187; *caso Azul Rojas Marín y otra versus Perú*, 12 de marzo de 2020, párr. 162.

102 24 horas.cl: "Amenazaron con penetrarla con el fusil": INDH denuncia grave actuar de militares contra mujer", 24 de octubre de 2019. También destaca el caso relevado por el ACNUDH: "El 2 de noviembre, Javier (42 años) estaba esperando un taxi en una ciudad del norte cuando se detuvo un furgón de Carabineros. Cinco efectivos salieron sin identificarse (y sin cintas con el nombre en su ropa) y lo obligaron a subir al furgón. En el interior, le quitaron los pantalones y, mientras uno de los oficiales lo sujetaba, otros repetidamente forzaron un arma en su ano. Según su relato, esto continuó durante 10 a 15 minutos. La camioneta de la policía lo dejó en el área de la playa". Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, *Informe sobre la misión a Chile 30 octubre – 22 de noviembre de 2019*, 12 de diciembre de 2019, párr. 75.

103 Más información puede encontrarse en Elisabeth Matthei y Marcela Zúñiga, *Informe sobre estándares internacionales sobre apremios ilegítimos, violencia sexual y tortura*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2019.

cruels, inhumanos o degradantes, Nigel Rodley, señala que la tortura adquiere características particulares cuando se ejerce en contra de mujeres en condiciones de detención, en especial si está dirigida en forma desproporcionada o fundamentalmente hacia a ellas, lo cual implica una propensión a que sean violadas. Las agresiones sexuales son métodos cuya base es la humillación y degradación de la víctima.¹⁰⁴

2.2.4 Otros tratos

También es posible apreciar una serie de hechos relacionados con las condiciones de detención que pueden ser considerados como otros tratos inhumanos y degradantes. Es el caso de la exposición de detenidos mojados a temperaturas frías en las comisarías; largo tiempo en los furgones de traslados de personas imputadas sometidas a altas temperaturas; privación de comida y agua, etc.¹⁰⁵ La Corte IDH ha sido particularmente explícita en señalar –de acuerdo al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– que toda persona privada de libertad tiene derecho a condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo que implica, entre otras cosas, el deber del Estado de salvaguardar su salud y bienestar.¹⁰⁶

3 Deber del Estado de Chile de investigar y sancionar la tortura y otros tratos

3.1 Deber de investigar

Uno de los deberes fundamentales del Estado es investigar las denuncias de tortura o trato cruel, inhumano y degradante.¹⁰⁷ Esto implica el “(...) deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables,

104 Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos.*

105 Ver descripción de hechos realizada en acápite anterior.

106 Corte IDH, *caso Mendoza y otros versus Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013; *caso Díaz Peña versus Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de junio de 2012; Corte IDH, *caso Quispilaya Vilcapoma versus Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2015.

107 Artículos 12 y 13 UNCAT; Artículos 1, 6 y 8 CIPST. El artículo 8 de la CIPST, en su inciso segundo, dispone: “Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal” (lo resaltado es mío). Véase Corte IDH, *caso Ruiz Fuentes y otra versus Guatemala*, párr. 173; *caso Favela Nova Brasilia versus Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 252; *caso Villamizar Durán y otros versus Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2018, Serie C No. 364, párr. 185; *caso Ruiz Fuentes y otra versus Guatemala*, *supra*, párr. 173. No investigar también infringe los artículos 8.1 y 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana (...).¹⁰⁸

De la misma manera, según el artículo 8 de la CIPST, “(...) los Estados parte garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente”.¹⁰⁹ Esto incluye el deber de investigar a la totalidad de los responsables, lo que se extiende al perpetrador directo y a los funcionarios estatales que ordenen, instiguen, induzcan su comisión, o que estando en posición de impedirlo, omitieron hacerlo.¹¹⁰

En ese sentido, el Ministerio Público ha dado cuenta de la investigación de los diversos casos que han llegado a su conocimiento y, a su vez, de una serie de detalles respecto a las características de los hechos que se encuentra investigando. Desde el inicio del *estallido social*, el Ministerio Público recibió 8.510 casos, constatando 3.219 heridos por armas de fuego, 411 con lesiones oculares, 364 casos de violencia sexual (incluye desnudamientos y atentados sexuales), y 466 agentes estatales siendo investigados.¹¹¹

Sin perjuicio de lo anterior, han surgido algunas voces denunciando eventuales dificultades en determinadas investigaciones penales de connotación pública, especialmente asociadas al acceso a información solicitada por el Ministerio Público a Carabineros. En efecto, existen casos en los cuales Carabineros ha demorado la entrega de los nombres de los funcionarios que participaron en determinados procedimientos en los cuales se investiga su participación en hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos.

El caso más notorio ha sido el de Gustavo Gatica, donde se acusa a Carabineros de haber demorado la entrega de la identidad de los funcionarios que actuaron el 8 de noviembre en el centro de Santiago y que dispararon las escopetas, hiriendo a Gatica y dejándolo ciego de ambos ojos. Amnistía Internacional ha denunciado que Carabineros habría concluido, en su investigación administrativa, que no sería posible identificar al funcionario policial que disparó ese 8 de noviembre al

108 Interpretación realizada por la CIDH, conforme a los artículos 1.1 y 5 de CADH. *Caso Ruiz Fuentes y otra versus Guatemala*, párr. 170.

109 *Caso Ruiz Fuentes y otra versus Guatemala*, *supra*, párr. 173.

110 *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco versus México*, *supra*, párr. 294, en relación con el artículo 3 de la CADH. En ese mismo sentido, el Comité contra la Tortura ha precisado que “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden [...] sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”. Comité contra la Tortura de la ONU, Observación General No. 2, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, párr. 26.

111 Ciper.cl: “Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos”, 15 julio de 2020.

rostro de Gatica. De acuerdo con Amnistía, existe material audiovisual que ha sido liberado a la opinión pública que exhibe a diversos funcionarios policiales disparando de manera “indiscriminada y desmedida” el día de los hechos en el sector en que resultó herido Gatica.¹¹² En estos registros audiovisuales, como ha sido documentado por diversos medios, se apreciaría al funcionario identificado en su uniforme como “G-03” –que correspondería al teniente coronel Claudio Crespo Guzmán– disparando en diversos escenarios el 8 de noviembre. Carabineros ha desmentido la acusación, indicando que ha entregado toda la información al Ministerio Público.¹¹³ Es relevante destacar que, previo a la fecha de cierre del *Informe*, se formalizó a este último funcionario por el delito de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas y fue sometido a la medida cautelar de prisión preventiva.¹¹⁴

Algo similar ha sucedido en el caso de Fabiola Campillai, en el cual el Ministerio Público sigue investigando para identificar a los autores del disparo de la escopeta lanza lacrimógenas. En diferentes medios fue publicado un registro de las cámaras portátiles de uno de los funcionarios que participó en el procedimiento en el lugar en que Fabiola Campillai fue herida. En dicha grabación audiovisual se escucha una conversación en la cual un funcionario expresa que otro funcionario policial habría herido a una persona con un disparo.¹¹⁵ En el sumario administrativo desarrollado por Carabineros, los funcionarios policiales habrían indicado que no recordaban aquella conversación, la cual es fundamental para el éxito de la investigación.¹¹⁶ Sin perjuicio de aquello, al cierre de este capítulo, se formalizó al capitán de Carabineros Patricio Maturana como autor del delito de lesiones graves gravísimas.

Estos hechos son de suma gravedad, ya que el Estado tiene el deber de aportar la información requerida (deber de no obstaculizar la investigación).¹¹⁷ En ese sentido, la Corte IDH ha determinado que las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del

112 Radio Cooperativa: “Amnistía Internacional lanzó campaña para exigir justicia por Gustavo Gatica”, 18 junio de 2020.

113 Radio Cooperativa: “Caso Gustavo Gatica: Carabineros negó acusación de Amnistía Internacional sobre encubrimiento”, 26 de junio de 2020.

114 *La Tercera*: “Caso Gustavo Gatica: Tribunal decreta prisión preventiva para ex teniente coronel Claudio Crespo”, 21 de agosto de 2020.

115 CNN Chile: “¿Se la pití, verdad?: Sumario revela que Carabineros posee video sobre la agresión a Fabiola Campillai”, 6 de julio de 2020.

116 *La Tercera*: “¿Se la pití, verdad?: El video del caso Campillai que obligó a prorrogar el sumario policial”, 6 de julio de 2020.

117 Fueron sancionados dos funcionarios de Carabineros por omisión de auxilio a la víctima. *La Tercera*: “Carabineros notifica da desvinculación de dos funcionarios por el Caso Fabiola-Campillai”, 14 de agosto de 2020.

proceso investigativo.¹¹⁸ Adicionalmente, se debe garantizar el acceso pleno a la documentación que requieran los órganos a cargo de las investigaciones, otorgándoles las “facultades y garantías adecuadas y necesarias para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas”.¹¹⁹ Por último, es fundamental el pleno acceso a la documentación que esté en manos del Estado por parte de la autoridad que investiga.¹²⁰

3.2 Deber de sancionar

El Estado de Chile no solo debe investigar a aquellos ejecutores de las acciones constitutivas de torturas y otros tratos, sino que debe sancionar a los responsables.¹²¹ Esto último no se traduce solamente en sancionar a los ejecutores de las acciones u omisiones, sino que, también, a los superiores que pudieran tener alguna responsabilidad en los hechos, en especial cuando integran instituciones jerarquizadas.

La responsabilidad jerárquica se considera un principio de derecho internacional de los derechos humanos aplicable a superiores civiles no militares,¹²² incluso en relación con violaciones a los derechos humanos que no constituyan crímenes internacionales, con la exigencia de que dicho superior tenga un control efectivo sobre sus subordinados: “Cada superior civil ejerce un control efectivo sobre sus subordinados, es decir, tiene la capacidad material de prevenir o castigar la conducta criminal de los subordinados, puede ser considerado responsable de conformidad con el Artículo 6 (3) del Estatuto.”¹²³ Este estándar fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el *caso de las mujeres de Atenco versus México*, incorporando, además, como forma de reparación a las víctimas del caso, el deber del Estado de “investigar los posibles vínculos entre los responsables directos y sus superiores jerárquicos en la comisión de los actos de tortura, violencia sexual y violación sexual, individualizando los responsables en todos

118 En el mismo sentido, Corte IDH, *caso Tiu Tojín versus Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2008, párr. 77; Corte IDH, *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*, 26 de noviembre de 2008, párr. 257.

119 Corte IDH, *caso Tiu Tojín versus Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2008, párr. 77; Corte IDH, *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños versus El Salvador*, 26 de noviembre de 2008, párr. 257.

120 *Ibid.*

121 Corte IDH, *caso Hermanos Landaeta Mejías y otros versus Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de agosto de 2014, Serie C No. 28.

122 Patrick Walsh y Joshua Berry, “Expanding command responsibility beyond war: The application of the doctrine of command responsibility to human rights law”, SSRN, 2017.

123 Sentencia de la Sala de Apelación, IT-99-52-A, Nahimana et al. (Media case) v. The Prosecutor. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 28 de noviembre de 2007, párr. 605.

los niveles de decisión sean federales, estatales o municipales”.¹²⁴ El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha reconocido también el principio indicando que “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden [...] sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”.¹²⁵

En ese contexto, parece haber un avance en la investigación administrativa desarrollada por la Contraloría General de la República, la cual estableció que existía responsabilidad, al menos del punto de vista administrativo, de los altos mandos de Carabineros.¹²⁶ Si bien aún no hay información sobre eventuales investigaciones penales al respecto, no es descartable que el sistema de persecución penal ejerza su función a partir de la decisión de la Contraloría.

CONCLUSIONES

Recientemente la ACNUDH y la CIDH han indicado que el Estado es responsable por la conducta de sus agentes policiales ante el derecho internacional de los derechos humanos, en aquellos casos en que el ejercicio de la fuerza en reuniones pacíficas no haya respetado los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación. En otras palabras, el sistema internacional de los derechos humanos reconoce que los Estados deben garantizar el orden público y el cumplimiento de la ley, pero no a cualquier costo.

En ese contexto, el *estallido social* dejó en evidencia que el Estado de Chile posee graves dificultades no solo para garantizar el derecho de reunión, sino que al momento de ejercer la fuerza para controlar el orden público. Los graves hechos, que constataron diversas instituciones nacionales e internacionales, dan cuenta del uso de fuerza indebida y desproporcionada sobre los ciudadanos, en medio de las protestas que se llevaban a cabo en nuestro país.

En primer lugar, existe evidencia contundente acerca del uso de armamento no letal –principalmente por Carabineros– sobre grupos de manifestantes, sin diferenciar a las personas que se encontraban ejecutando conductas violentas, de aquellas que se estaban manifestando pacíficamente. Tampoco se tomaron las medidas de resguardo para

124 Corte IDH, *caso mujeres de Atenco versus México*, párr. 338.

125 Comité contra la Tortura de la ONU. Observación General No. 2, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, párr. 26.

126 *La Tercera: “Contraloría formula cargos a siete carabineros por su rol en crisis social”*, 11 de septiembre de 2020.

no generar lesiones graves durante las acciones tendientes a mantener el orden público. Lamentablemente, muchas de esas acciones provocaron, entre otras secuelas, daños en el rostro y traumas oculares severos, acarreado, en algunos casos, la pérdida total de visión o globos oculares dañados en las víctimas. Este tipo de situaciones implica un incumplimiento evidente de los Principios Básicos de utilización de la fuerza sobre los ciudadanos y, a su vez, una vulneración grave del Estado de Chile a los derechos humanos de los ciudadanos, especialmente, el derecho a la integridad física y psíquica.

Esta vulneración no solo se explica por las acciones ejecutadas por agentes del Estado sobre los ciudadanos, sino que también por la omisión de las autoridades policiales y de gobierno frente a las evidentes conductas ilícitas que estaban siendo desplegadas en el control del orden público. Como fue indicado anteriormente, el Estado de Chile tuvo conocimiento previo al *estallido social* de la peligrosidad de la utilización de las escopetas antidisturbios y de la insuficiencia de los protocolos existentes. No obstante haber tomado conocimiento de los múltiples casos de heridas oculares, el Estado tardó en tomar acciones destinadas a evitar que continuaran sucediendo esos hechos. En ese sentido, resulta imperioso que la autoridad tome conciencia de la gravedad de los hechos y de los peligros asociados a la utilización de armamento no letal sobre ciudadanos, y comprenda el rol que le compete de protección de los manifestantes que están ejerciendo su derecho a reunión. Hasta el momento, la autoridad ha reaccionado de manera tardía a los acontecimientos. Asimismo, la agenda legislativa y política del gobierno se ha centrado, más bien, en la promulgación de leyes para perseguir la violencia y el vandalismo, cuestión relevante y atendible, siempre que vaya aparejada de una agenda para evitar los abusos policiales que, hasta ahora, se encuentra ausente.

En segundo lugar, existe una clara vulneración a la prohibición absoluta de los Estados de ejecutar torturas y otros tratos sobre los ciudadanos. Los diversos casos que fueron expuestos son indicativos de que agentes del Estado siguen realizando agresiones físicas y de otro tipo como formas de castigos, inclusive, en algunas de ellas, provocando la muerte de ciudadanos. En esa línea, es relevante indicar que, si bien existió una discusión pública acerca de si en Chile se vulneran sistemáticamente los derechos humanos de los ciudadanos, ello no resulta relevante para determinar la responsabilidad del Estado de Chile. Lo que la evidencia demuestra es un patrón de conducta de uso excesivo de la fuerza, por años, por parte de Carabineros sobre los ciudadanos. No obstante los avances que ha habido en la materia, el Estado incumple sus obligaciones cuando algún agente policial incurre en actos u omisiones constitutivas de torturas y otros tratos de acuerdo con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En tercer lugar, sin perjuicio de que el Estado de Chile, a través del Ministerio Público, ha dado cuenta que se encuentra investigando los hechos constitutivos de tortura y otros tratos, existen voces indicativas de cierta demora y dificultades para obtener la información respecto de las instituciones policiales, las cuales son fundamentales para esclarecer los hechos y perseguir penalmente las sanciones que correspondan. En ese sentido, resulta fundamental poner atención en el cumplimiento de Carabineros en la entrega de información y, a su vez, en una actitud proactiva de la Fiscalía para efectos de obtener esa información con las herramientas legales que posee.

En cuarto lugar, es relevante dar cuenta de que existieron serios episodios de violencia de parte de ciertos grupos de manifestantes sobre funcionarios policiales, y que muchos de ellos resultaron con heridas de gravedad. En dicho escenario, y como ha sostenido la jurisprudencia internacional, es un deber del Estado garantizar la integridad física y vida de los funcionarios policiales, para lo cual deberá dotarlos de los recursos y de la logística necesaria para cumplir su labor adecuadamente. Además, y respecto a las condiciones de trabajo, resulta relevante destacar, como lo han hecho organismos internacionales, las extenuantes jornadas que algunas unidades policiales han tenido que enfrentar. Ante esto, el Estado sigue siendo responsable de dotar a las unidades del personal necesario y de garantizar las condiciones básicas de trabajo.

Por último, es importante indicar que el Estado de Chile deberá responder por las acciones de sus agentes estatales, quienes son los que directamente se encuentran ejerciendo la fuerza. Si bien los agentes estatales individualmente deberán responder en lo penal, aquello no obsta a que las autoridades jerárquicas puedan responder civil y administrativamente.¹²⁷ Como ha indicado el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden [...] sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”.¹²⁸ Será, también, tarea del Estado de Chile determinar las responsabilidades civiles y administrativas de los superiores jerárquicos.

127 La responsabilidad puede surgir por falta de prevención de violaciones de derechos humanos, por no respetar los derechos humanos o por no protegerlos ante terceros. Véase Centro de Derechos Humanos UDP, *Amicus Curiae sobre tortura, malos tratos y tratos degradantes y la responsabilidad jerárquica en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre tortura y apremios ilegítimos en el derecho interno de Chile*, 2019.

128 Comité contra la Tortura de la ONU. *Observación General No. 2*, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, párr.26.

RECOMENDACIONES

1. Modificar los protocolos de uso de armas no letales, de manera de adecuarlos a las recomendaciones internacionales de uso excepcional y proporcional, así como también someterlos al debate público y al escrutinio del conocimiento especializado.
2. Avanzar en la agenda legislativa de reforma a Carabineros de Chile, incluyendo modificaciones que tengan por objetivo evitar actos u omisiones que puedan ser constitutivos de tortura y otros tratos.
3. Adoptar todas las medidas necesarias para que las Policías y las Fuerzas Armadas, cumplan con todas las obligaciones destinadas a garantizar los derechos de las personas, especialmente la integridad y vida, y, además, actúen dentro del ámbito de sus competencias con estricto apego a la ley y normativa vigente.
4. Mejorar capacidades de persecución penal y transparencia, para lo cual se debiera, entre otras cosas, disponer de un mayor número de cámaras en recintos de detención y vehículos de las policías. Esto permitiría generar evidencia para probar eventualmente los apremios, pero también para transparentar los procedimientos.
5. Evaluar y mejorar la oferta de capacitación y formación de policías, fiscales, defensores y jueces en relación con estándares internacionales sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Deben ser programas permanentes y obligatorios.
6. Investigar de manera acuciosa y con celeridad los diversos casos de violencia, realizando todas las diligencias correspondientes, protegiendo las garantías de las víctimas y, a su vez, indagando no solo a los ejecutores de las acciones de violencia, sino que inclusive aquellas responsabilidades penales de los superiores, en caso de que les corresponda.
7. Establecer mecanismos de reparación integral a víctimas del *estallido social*, principalmente aquellas que sufrieron heridas de gravedad, así como la pérdida total o parcial de la visión.

RESPUESTA ESTATAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA: LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR E INVESTIGAR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Claudio Fuentes Maureira ¹
Ricardo Lillo Lobos ²

1 Claudio Fuentes Maureira, profesor Facultad de Derecho UDP. Correo electrónico: claudio.fuentes@mail.udp.cl

2 Ricardo Lillo Lobos, profesor Facultad de Derecho UDP. Correo electrónico: ricardo.lillo@mail.udp.cl

Los autores agradecen a la profesora Danitza Pérez de la Universidad Diego Portales, al profesor Javier Velásquez de la Universidad Católica de Temuco, y a los siguientes ayudantes por su colaboración en el desarrollo del presente capítulo: Catalina Valenzuela Mejías, Belén Mendoza Toporowicz, Benjamín Vergara Tromben, María Fernanda Toledo Vásquez, Sofía Castelli Fernandez, María Jesús Maturana Figueras, Tamara Venegas Dragoni, Tomás Novoa López-Hermida, Catalina Zamorano González, Fiana Venegas Araya, Daniela Zamorano González, Bastián Espinoza Acuña, Felipe Espinoza Alarcón, Francisca Riveros Sepúlveda, y Pascale de Saint Pierre Lobos.

SÍNTESIS

El objetivo de este capítulo ha sido identificar, describir y analizar la respuesta dada por el sistema estatal de justicia criminal (Poder Judicial, Ministerio Público, y Defensoría Penal Pública)–a la luz de los estándares internacionales en materia de la obligación de prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos–, a las acciones que tuvieron lugar en nuestro país durante el período posterior al 18 de octubre de 2019. Para ello, se han tenido en cuenta, particularmente, los estándares internacionales desarrollados en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en materia del deber de prevenir, investigar, y sancionar, a fin de analizar en qué medida las instituciones intervinientes han orientado su trabajo de manera de cumplir con dichos estándares. Además del impacto ocasionado por la pandemia en el sistema de justicia en general y respecto de estas causas en particular, hemos identificado algunos nudos críticos que resultará relevante tomar en consideración cuando llegue el momento de evaluar la responsabilidad internacional del Estado en esta materia.

PALABRAS CLAVES: Deber de prevenir, investigar, y sancionar; justicia penal; violaciones a los derechos humanos por agentes del Estado.

INTRODUCCIÓN

El 20 de octubre, Romario Veloz Cortés, ciudadano ecuatoriano de 26 años, murió en La Serena a raíz de disparos de militares cerca de un centro comercial donde se producían saqueos, luego de que personal del Ejército, en confusas circunstancias, disparara en varias oportunidades a un grupo de manifestantes. Romario Veloz sufrió heridas de bala en el cuello y fue llevado al hospital, donde murió poco después. Otras dos personas también resultaron gravemente heridas como resultado de municiones letales disparadas por personal militar contra los participantes de esa manifestación.³

Al día siguiente, Manuel Rebolledo Navarrete, de 23 años, fue atropellado por un camión de la Armada de Chile. El camión patrullaba cerca de una pesquera en Talcahuano después del toque de queda cuando Manuel Rebolledo recibió heridas de bala en la pierna y luego fue atropellado por el camión. Murió de inmediato debido a heridas en la cabeza.⁴

Alex Andrés Núñez Sandoval, de 39 años, murió el 22 de octubre, en Maipú, como consecuencia de un trauma craneal relacionado con palizas y malos tratos efectuados por carabineros. Alex Núñez habría participado en una manifestación en esa comuna de la región Metropolitana, al anochecer del 21 de octubre. Testigos vieron como tres carabineros lo golpearon en las piernas, en la cabeza y en el tórax, a patadas y golpes de luma. Información médica indica que también tenía lesiones ocasionadas por disparos de perdigones. Alex Núñez sufrió un traumatismo encéfalo craneano (TEC) cerrado y fractura de cráneo.⁵

Estos tres casos son parte de las 26 investigaciones por privación arbitraria de la vida y muertes ilícitas que involucran a agentes estatales, según el informe que realizara la ACNUDH sobre la situación chilena a partir del *estallido social*.⁶

3 ACNUDH, *Informe sobre la Misión a Chile. 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*, p. 12.

4 *Ibíd.*

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*, p. 11.

Además, de acuerdo con este informe, varios miles de personas resultaron con lesiones de diversa consideración, más de 300 de ellos con lesiones oculares por el uso de perdigones o de irritantes químicos y, en algunos casos, por los impactos de los cartuchos de gas lacrimógeno. Más de 130 actos de tortura y malos tratos fueron también registrados, en su mayoría presuntamente perpetrados por miembros de Carabineros de Chile. Fueron constatados, asimismo, al menos 24 casos de violencia sexual en su mayoría contra mujeres, pero también contra hombres, niñas, niños y adolescentes, incluyendo hechos constitutivos de violación, amenazas de violación, tratamiento degradante (como ser forzado a desnudarse), comentarios homofóbicos o misóginos, golpes o actos que causan dolor en los genitales y manoseos.⁷

Según la ACNUDH, Carabineros y las Fuerzas Armadas no actuaron conforme a las normas y estándares internacionales de derechos humanos relacionados con la gestión de las asambleas y el uso de la fuerza. De esta manera, se registraron vulneraciones que incluyen el uso excesivo o innecesario de la fuerza, las cuales desembocaron en privación arbitraria de la vida, en lesiones, en tortura y malos tratos, en violencia sexual y detenciones arbitrarias. En síntesis, hubo un importante número de personas fallecidas, heridas y/o, en general, que vieron sus derechos fundamentales vulnerados por agentes del Estado.⁸

Es evidente que las violaciones a los derechos humanos durante en el *estallido social*, se produjeron en el contexto de actuaciones de las fuerzas policiales destinadas a la represión y detención de manifestantes. Se puede sostener, en consecuencia, que la respuesta al *estallido* ha sido la criminalización del fenómeno y que el sistema de justicia criminal se ha convertido en el principal foro en el que, en gran medida, la protesta social y las violaciones a los derechos humanos se ventilan.

No solo los abusos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales son perseguidos por el sistema de justicia, producto de constituir ilícitos criminales. También, actúa sobre personas que se encontraban protestando y que la policía detuvo por considerar que cometieron algún delito, en la medida que la legalidad de su privación de libertad es controlada por dicho sistema.

La responsabilidad internacional del Estado no se vincula solo con las acciones directamente cometidas por agentes policiales, sino también con su obligación de prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones; deber que recae de manera directa en el sistema procesal penal.

En efecto, tal como se explicará detalladamente en la primera sección de este documento, la debida diligencia que exigen los deberes de

7 *Ibid.*, p. 19.

8 *Ibid.*, pp. 9 y 31.

prevención, investigación y sanción establecidos en el Artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recae en gran medida en el Ministerio Público, ya que este tiene la función de investigar y el peso de probar los delitos, así como la de determinar la política criminal. Asimismo, el rol de los jueces es controlar que dicha investigación sea respetuosa de las garantías fundamentales de todos los intervinientes, lo que incluye a la víctima. En el caso de la Defensoría Penal Pública, su función es asegurar la debida defensa del imputado. En otras palabras, tanto las acciones desarrolladas por la judicatura y por la Defensoría deben ser examinadas, al tener estas instituciones un rol fundamental en la prevención y protección contra las violaciones masivas a los derechos humanos.

La pregunta que surge, entonces, es hasta qué punto las instituciones públicas que conforman el sistema de justicia criminal han cumplido o no con el estándar de la debida diligencia.⁹ En otras palabras, cómo estas instituciones han respondido frente al conocimiento de este tipo de denuncias o hechos de carácter delictivo cuando han sido perpetrados por agentes del Estado a partir del *estallido social*.

Dado lo anterior, luego de revisar cuáles son los estándares internacionales desarrollados sobre todo en el marco del sistema interamericano en materia del deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos, caracterizaremos, en la segunda parte de este capítulo, la respuesta brindada por las principales instituciones del sistema de justicia –Ministerio Público, Poder Judicial, y Defensoría Penal Pública– ante estos casos. Tomaremos, además, en consideración el contexto de la pandemia por Covid-19. Finalmente, desarrollaremos algunas reflexiones a partir del contraste entre los estándares desarrollados y las prácticas descritas, y propondremos algunas recomendaciones a partir de ciertas falencias detectadas.

1. ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La obligación de prevenir, investigar y sancionar proviene del artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), que señala que “Los Estados Partes (...) se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

9 Corte IDH, *caso Castillo González y otros versus Venezuela*, 27 de noviembre de 2012, párr. 160; Corte IDH, *caso Luna López versus Honduras*, 10 de octubre de 2013, párr. 157.

En particular, en esta primera sección, hemos de dar cuenta de los estándares internacionales sobre el deber de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos, y de las obligaciones del Estado que se derivan de ellos. Con este objetivo, hemos recurrido fundamentalmente al desarrollo jurisprudencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) ha realizado a partir de los instrumentos internacionales aplicables, en esta materia, a los diversos agentes del sector justicia.

Ya desde los primeros casos contenciosos, la Corte comenzó a desarrollar el contenido del deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos, establecido en los diversos instrumentos del sistema interamericano. Así, en *Velásquez Rodríguez*, la Corte señaló que a partir de esta obligación de “garantizar” los derechos contenidos en la Convención, los Estados partes tienen el deber “...de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”¹⁰

De esta idea se extrae que el deber de los Estados no se agota en la existencia de un orden normativo que reconozca dichos derechos, sino también abarca la necesidad de acciones positivas que aseguren la existencia, en la realidad, de una garantía para su correcto ejercicio.¹¹ De esta manera, la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, representa, justamente, una de aquellas medidas positivas.¹²

Uno de los fundamentos de este deber del Estado es el combate a la impunidad,¹³ dado que la falta, en su conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención “...propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.¹⁴

10 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 166.

11 *Ibíd.* párr. 167.

12 Corte IDH, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros versus Honduras*, 8 de octubre de 2015, párr. 285.

13 Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) versus México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 289.

14 Corte IDH, caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros versus Guatemala*), 8 de marzo de 1998, párr. 173.

El principal requisito para cumplir con esta obligación estatal es que el procedimiento investigativo, llevado a cabo para el esclarecimiento de los hechos, debe realizarse seriamente, lo que se ha traducido en un análisis de “debida diligencia”.¹⁵ Ello implica que la investigación y enjuiciamiento debe ser realizado con todos los medios al alcance del órgano persecutor de las violaciones que se hayan cometido, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.¹⁶ En consecuencia, y aunque la obligación de investigar es una obligación de medio y no de resultado, ello implica que debe realizarse con la debida seriedad y no “...como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación debe ser seria, objetiva y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, y eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos.”¹⁷

Sin embargo, la Corte ha señalado que en el cumplimiento del deber de “debida diligencia” no le corresponde a ella precisar, en específico, qué actividades investigativas debieron ser llevadas a cabo. Por el contrario, ellas deben ser valoradas en su conjunto a fin de determinar si en el caso concreto hubo falencias u omisiones que perjudicaron el esclarecimiento de la verdad, bajo criterios objetivos o de razonabilidad, a partir de las circunstancias particulares del caso y los argumentos presentados por los intervinientes.¹⁸ En este sentido, el órgano persecutor -en nuestro caso el Ministerio Público- será considerado un sujeto obligado cuyas faltas de diligencia debida podrían ocasionar la responsabilidad internacional del Estado.¹⁹

Como consecuencia de lo anterior, la identificación del organismo encargado de realizar la persecución es clave para cumplir el estándar de debida diligencia. Así, en casos donde la misma institución a la que pertenecen los responsables es, a su vez, aquella a la que se le confía el esclarecimiento de los hechos, se afecta gravemente la seriedad de la investigación.²⁰ Por ejemplo, en el *caso Durand y Ugarte versus Perú*, la Corte consideró que, por la naturaleza de los hechos, el foro militar al que le fue

15 Corte IDH, *caso Castillo González y otros versus Venezuela*, 27 de noviembre de 2012, párr. 160; Corte IDH, *caso Luna López versus Honduras*, 10 de octubre de 2013, párr. 157.

16 Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 174.

17 Corte IDH, *caso Gómez Virula y otros versus Guatemala*, 21 de noviembre de 2019, párr. 64.

18 Corte IDH, *caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) versus Guatemala*, 22 de agosto de 2018, párr. 81.

19 Corte IDH, *caso Luna López versus Honduras*, 10 de octubre de 2013, párr. 157. Véase también: Corte IDH, *caso Velásquez Paiz y otros versus Guatemala*, 19 de noviembre de 2015, párr. 169.

20 Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 180.

encargado la investigación y que sobreseyó a los oficiales involucrados, no ofrecía las garantías de independencia e imparcialidad requeridas.²¹

En el propio *caso Velásquez Rodríguez*, la Corte da cuenta de que es imputable al Estado toda violación a los derechos humanos cometida en cumplimiento de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.²² A este respecto, se ha establecido que no es relevante determinar la intención o motivación específica del agente implicado en la vulneración, sino "...si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente."²³

La responsabilidad de impulsar la investigación le corresponde al órgano persecutor. Así, la Corte en el *caso Valencia Hinojosa y otra versus Ecuador* dispuso que "[E]n la jurisdicción interna corresponde a los órganos competentes dirigir la investigación y encauzarla de acuerdo con las estrategias o líneas de investigación determinadas por ellos para el esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, la investigación debe ser impulsada de oficio, sin que sean las víctimas o sus familiares quienes tengan la carga de asumir tal iniciativa, que corresponde al Estado".²⁴

Sin embargo, el deber de investigar no se centra exclusivamente en el órgano persecutor, sino que implica también un deber de cooperación de toda autoridad estatal, a la cual, en el ámbito de su competencia, le corresponda apoyar el esclarecimiento de los hechos.²⁵ Así, por ejemplo, en el *caso García Ibarra y otros versus Ecuador*, la Corte señaló que este deber alcanza "...a toda institución estatal, tanto judicial como no judicial, por lo que la debida diligencia se extiende también a los órganos no judiciales a los que, en su caso, corresponda la investigación previa al proceso, realizada para determinar las circunstancias de una muerte y la existencia de suficientes indicios para interponer una acción penal."²⁶ Por otro lado, en el *caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, la Corte señala que "[...]os poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos."²⁷

21 Daniel O'Donnell, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia, y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México D.F., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012, p. 524.

22 Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 172.

23 *Ibid.* párr. 173.

24 Corte IDH, *caso Valencia Hinojosa y otra versus Ecuador*, 29 de noviembre de 2016, párr. 24.

25 Corte IDH, *caso Masacres de Río Negro versus Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, párr. 210.

26 Corte IDH, *caso García Ibarra y otros versus Ecuador*, 17 de noviembre de 2015, párr. 135.

27 Corte IDH, *caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párr.181.

Resulta relevante, también, en el cumplimiento de estas obligaciones, la manera en que los procesos judiciales son llevados a cabo. Así, por ejemplo, debe proveerse a las víctimas de recursos judiciales efectivos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las garantías de derecho a un debido proceso.²⁸ En consecuencia, en casos que implican la vulneración de garantías y protección judiciales, reconocidas en los artículos 8 y 25 de la Convención, estas serán analizadas como parte de la obligación estatal de investigar posibles violaciones de derechos humanos.²⁹

De esta manera, la obligación de investigar y sancionar se ha relacionado tanto con la existencia de un proceso judicial respetuoso de las garantías del debido proceso, como con la necesidad de que resulte *efectivo* desde el punto de vista de las víctimas y sus familiares. Además, este derecho no se agota con los recursos promovidos "...por la propia víctima o sus derechohabientes, sino que comprende también un derecho a que el Estado investigue violaciones de los derechos humanos y, en la medida de lo posible, sancione penalmente a sus autores".³⁰

A su vez, el deber de investigar violaciones de derechos humanos se relaciona con el "derecho a la verdad" desarrollado en el marco del sistema interamericano y, particularmente, en el *caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*, donde se señala que se trata del "...derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido."³¹ De esta manera, surge un derecho subjetivo de las víctimas y sus familiares "... a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención."³²

Así, la Corte a través del derecho a la verdad, ha vinculado el derecho de acceso a la justicia con el deber de investigar, en el sentido que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, se determinen las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable.³³ Desde otro punto de vista, la Corte en el *caso Quispialaya Vilcapoma versus Perú*, ha señalado que "...el acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de poner en conocimiento de las

28 Corte IDH, *caso Gómez Virula y otros versus Guatemala*, 21 de noviembre de 2019, párr. 65.

29 Corte IDH, *Caso Ríos y otros versus Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 76.

30 Daniel O'Donnell, op. cit.

31 Corte IDH, *caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*, 25 de noviembre de 2000, párr. 197.

32 *Ibíd.*, párr. 201.

33 Corte IDH, *caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*, 1 de septiembre de 2010, párr. 152.

autoridades los hechos sucedidos. Resulta igualmente necesario que los sistemas de denuncia sean eficaces y deriven en una investigación real y seria, ya que de lo contrario carecerían de utilidad.”³⁴ Por su parte, en el caso *Cruz Sánchez y otros versus Perú* la Corte señala que “[E]l cumplimiento de la obligación de emprender una investigación seria, imparcial y efectiva de lo ocurrido, en el marco de las garantías del debido proceso, ha involucrado también un examen del plazo de dicha investigación y de los medios legales disponibles a los familiares de la víctima fallecida, para garantizar que sean escuchados, así como que puedan participar durante el proceso de investigación.”³⁵

El artículo 1.1. de la Convención no es la única fuente de la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Así, por ejemplo, respecto de los delitos de tortura, se ha utilizado también como fuente la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.³⁶ En particular, respecto del deber de investigar en estos casos, la Corte ha señalado que: “En las entrevistas que se realicen a una persona que afirma haber sido sometida a actos de tortura: i) se debe permitir que ésta pueda exponer lo que considere relevante con libertad; ii) no debe exigirse a nadie hablar de ninguna forma de tortura si se siente incómoda al hacerlo; iii) se debe documentar durante la entrevista la historia psicosocial y, de ser el caso, previa al arresto de la presunta víctima, el resumen de los hechos narrados por esta relacionados al momento de su detención inicial, las circunstancias, el lugar y las condiciones en las que se encontraba durante su permanencia bajo custodia estatal, los malos tratos o actos de tortura presuntamente sufridos, así como los métodos presuntamente utilizados para ello, y iv) se debe grabar y hacer transcribir la declaración detallada.”³⁷ Agrega la Corte, en este caso, que, adicionalmente, en la investigación de hechos constitutivos de tortura, es deber de las autoridades estatales tomar las medidas que sean razonables para develar si existen posibles motivos discriminatorios en la comisión de esos actos de violencia. Como parte de esta obligación, “...el Estado debe hacer lo que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, en aras de recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación.”³⁸

Respecto de los delitos de tortura, y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, es fundamental lo establecido por el Protocolo de Estambul, elaborado en el marco del sistema universal de protección

34 Corte IDH, *caso Quispialaya Vilcapoma versus Perú*, 23 de noviembre de 2015, párr. 207.

35 Corte IDH, *caso Cruz Sánchez y otros versus Perú*, 17 de abril de 2015, párr. 352.

36 Corte IDH, *caso Quispialaya Vilcapoma versus Perú*, 23 de noviembre de 2015, párr. 132.

37 Corte IDH, *caso Azul Rojas Marín y otra versus Perú*, 12 de marzo de 2020, párr. 182.

38 *Ibid.*, párr. 196.

de los derechos humanos y que establece un manual con orientaciones específicas para la investigación de estos ilícitos.

Además de estos aspectos generales, en la jurisprudencia de la Corte se ha desarrollado una serie de estándares más específicos sobre la persecución de estos hechos. En este sentido, para la Corte, las investigaciones de estos ilícitos deben incorporar "...una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación."³⁹ Por ejemplo, en el *caso Acosta y otros versus Nicaragua*, referido a atentados contra defensores de derechos humanos, la Corte señaló que en estos casos "...los Estados tienen la obligación de asegurar una justicia imparcial, oportuna y oficiosa, que implique una búsqueda exhaustiva de toda la información para diseñar y ejecutar una investigación que conduzca al debido análisis de las hipótesis de autoría, por acción o por omisión, en diferentes niveles, explorando todas las líneas investigativas pertinentes para identificar a los autores."⁴⁰ En particular, se ha reforzado la importancia de las diligencias preliminares para la recopilación de evidencia y luego para su debida preservación.⁴¹ Así, por ejemplo, en el contexto de las diligencias médico-legales en causas con resultado de muerte, a su vez, se ha señalado que el estándar de debida diligencia implica la mantención de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense.⁴²

Por su parte, cuando se trata de violencia contra la mujer, la Corte ha señalado como estos estándares generales se ven reforzados y complementados a propósito de las obligaciones derivadas de tratados interamericanos específicos, es decir, por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada "Convención de Belém do Pará".⁴³ Este último instrumento consagra en su artículo 7.b), la obligación para los Estados parte de adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, la utilización de la "debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", así como en su artículo 7.c) obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

39 Corte IDH, *caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara versus Perú*, 1 de septiembre de 2015, párr. 258.

40 Corte IDH, *caso Acosta y otros versus Nicaragua*, 25 de marzo de 2017, párr. 143.

41 Corte IDH, *caso Garibaldi versus Brasil*, 23 de septiembre de 2009, párr. 126; Corte IDH, *caso Cruz Sánchez y otros versus Perú*, 17 de abril de 2015, párr. 373.

42 Corte IDH, *caso Pacheco León y otros versus Honduras*, 15 de noviembre 2017, párr. 81.

43 Corte IDH, *caso Fernández Ortega y otros versus México*, 30 de agosto de 2010, párr. 193; Corte IDH, *caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco versus México*, 28 de noviembre de 2018, párr. 270.

En el caso *Veliz Franco y otros versus Guatemala*, la Corte ha señalado que, en los hechos de violencia contra la mujer, “las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. De tal modo, que, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.”⁴⁴

Estos criterios, que vienen a reforzar el deber de debida diligencia, son muy necesarios, ya que, a menudo, es complejo probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violenta contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género. Esto deriva, a veces, en la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y en particular respecto de sus causas. De ahí, que “las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de enañoamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada.”⁴⁵

Ante investigaciones de carácter penal por violencia sexual, la Corte exige que se tomen medidas particulares, tales como que: “i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se

44 Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros versus Guatemala*, 19 de mayo de 2014, párr. 185.

45 Corte IDH, caso *Véliz Franco y otros versus Guatemala*, 19 de mayo de 2014, párr. 187. Sobre peritajes, véase: Corte IDH, caso *V.R.P. y V.P.C. y otros versus Nicaragua*, 8 de marzo de 2018.

maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.”⁴⁶

Otra cuestión importante respecto a la investigación de este tipo de causas es considerar la estigmatización estereotipada a la cual son expuestas las víctimas de violencia sexual. Al respecto, en el *caso Mujeres de Atenco versus México*, la Corte observó cómo altos funcionarios estatales de ese país, luego de la violencia sufrida por las víctimas en manos de agentes del Estado, ponen en duda la credibilidad de sus relatos, las estigmatizan públicamente como guerrilleras, las culpan por la ausencia de denuncia o exámenes médicos. En definitiva, como las autoridades se empeñan en negar las acusaciones cuando aún no se había siquiera iniciado una investigación.⁴⁷ Estos actos no solo constituyen un trato discriminatorio y estereotipado, sino que, además, revictimizan a la persona vulnerada y tienen un impacto en el cuidado y diligencia con que los funcionarios judiciales encaran la investigación. Este efecto se torna particularmente grave cuando ocurre en los primeros momentos de la investigación, que es donde se requiere mayor celeridad y diligencia por parte de las autoridades para, entre otras cosas: la obtención de prueba, proteger, examinar y conservar el sitio de los hechos, recoger los relatos de testigos que pudieren existir.⁴⁸

Finalmente, la Corte insiste en que uno de los efectos de la ineficacia judicial en la investigación y sanción de casos de violencia contra las mujeres es que “propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.”⁴⁹ Lo anterior constituye, en definitiva, una discriminación en el acceso a la justicia en razón de género.

46 Corte IDH, *caso Fernández Ortega y otros versus México*, 30 de agosto de 2010, párr. 194; Corte IDH, *caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco versus México*, 28 de noviembre de 2018, párr. 272.

47 Corte IDH, *caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco versus México*, 28 de noviembre de 2018, párr. 219.

48 *Ibid.*, párr. 312.

49 Corte IDH, *caso Veliz Franco y otros versus Guatemala*, 19 de mayo de 2014, párr. 208.

2. DESCRIPCIÓN DE LA RESPUESTA BRINDADA POR LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

En esta segunda sección describiremos el actuar de las principales instituciones del sistema de justicia penal –Ministerio Público, Poder Judicial, y Defensoría Penal Pública– y cómo actuaron frente a la avalancha de denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes estatales, sobre todo, a la luz de los estándares internacionales recién expuestos. Adicionalmente, se constatarán algunas dificultades particulares que estas instituciones han debido afrontar en el cumplimiento de sus obligaciones.

Para lo anterior, hemos consultado documentos oficiales provenientes de las propias instituciones del sistema de justicia penal (informes estadísticos, comunicados de prensa, instructivos), así como materiales de acceso público (informes elaborados por el INDH, ACNUDH, entre otros). Asimismo, se ha realizado una extensa revisión de los medios de prensa tradicionales e informales desde el 18 de octubre de 2019 hasta el 31 de marzo de 2020. Finalmente, hemos realizado ocho entrevistas en profundidad con actores del sistema penal de las distintas instituciones que lo conforman (defensores, fiscales, jueces y funcionarios del INDH), que se desempeñan en distintos niveles (a nivel nacional, regional y local) de la Región Metropolitana y la Región del Bío Bío. Todas estas entrevistas fueron realizadas previo consentimiento informado de los entrevistados, aprobado por el Comité de Investigación de la Facultad.⁵⁰

Antes de iniciar el análisis en detalle, consideramos necesario relevar que, a casi un año del comienzo del *estallido social*, estos últimos meses han estado marcados por la pandemia, fenómeno sanitario que ha afectado al sistema de justicia en su conjunto, así como a todos los órganos públicos. En consecuencia, posiblemente, es muy pronto para sacar conclusiones muy categóricas o finales respecto al cumplimiento de los estándares internacionales. Por lo mismo, nuestras reflexiones están orientadas a llamar la atención sobre algunos nudos críticos o problemáticos que hemos detectado y que permitirán en el futuro una evaluación más acabada.

a. Ministerio Público

El Ministerio Público se encuentra obligado legalmente a promover la persecución penal luego de tomar conocimiento de la existencia de hechos que revistan los caracteres de un delito.⁵¹

50 Como parte de los derechos de las personas entrevistadas se les dio la opción del anonimato. Dado lo anterior, solo algunos entrevistados son individualizados en este capítulo, mientras que respecto de otros solamente se menciona su rol (juez, fiscal, defensor o abogado INDH) y la fecha de la entrevista.

51 Artículo 166, Código Procesal Penal.

En Chile el delito de tortura, como tal, fue incorporado en el artículo 150 A del Código Penal en 2016 por la Ley 20.968, que la define como “...todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad. Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos...” Hasta antes de esta modificación, este delito era investigado bajo otras figuras, como el delito de apremios ilegítimos, hoy regulado en el artículo 150 letra E, o el delito de abusos contra particulares, sancionado en su artículo 255, ambos del Código Penal.

En 2015 –y modificado en enero y octubre de 2019–, el Ministerio Público emitió un instructivo general para brindar criterios de actuación en la investigación de este tipo de ilícitos, buscando particularmente que se cumpla con los estándares fijados por el Protocolo de Estambul. Así, por ejemplo, se establece el deber para los fiscales de instruir que las actividades investigativas respecto de estos hechos sean realizadas por una institución distinta a la del agente del Estado involucrado, junto con la obligación de que intervengan, en este tipo de casos, fiscales que tengan conocimientos específicos en materia de derechos humanos y, además, que deban realizarse una serie de diligencias mínimas de investigación.⁵²

A nivel institucional, es particularmente relevante la creación, en 2017, de una Unidad especializada en derechos humanos, violencia de género y delitos sexuales de la Fiscalía Nacional.

De acuerdo con su directora, Ymay Ortiz, entrevistada para este trabajo, esta unidad tiene por función –al igual que otras unidades especializadas– asesorar al Fiscal Nacional respecto de aquellos delitos que son de su competencia y, también, a los fiscales regionales y adjuntos en causas específicas a través de consultas directas o a partir de diversos procesos de trabajo que son establecidos por dicha Unidad. También tiene por objeto supervigilar que se cumplan los criterios de actuación que son fijados por el Fiscal Nacional, tal como el que mencionamos

52 Ministerio Público de Chile, Oficio N° 932/2015, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>

con anterioridad. Adicionalmente, realiza otras actividades de capacitación y de vínculo con organismos internacionales encargados de la supervisión de tratados, entre otras funciones.

Normalmente, la investigación de estos delitos se inicia de oficio por parte del Ministerio Público y/o luego de recibir noticia mediante denuncia o querrela.⁵³ En tiempos de normalidad, ingresaban al Ministerio Público luego de denuncias realizadas en las policías, pero por razones obvias en el contexto del *estallido social* ese canal se perdió.⁵⁴ Así, durante la crisis social una de las principales vías de ingreso de este tipo de asuntos fue por las denuncias que enviaron intervinientes del sistema de justicia penal al momento de enterarse de agresiones durante el control de detención de manifestantes, levantadas por los propios fiscales o defensores.⁵⁵ También, por medio del Instituto Nacional de Derechos Humanos que al tomar conocimiento directo –por información provista por víctimas o por otros intervinientes– interpuso querrelas ante los Tribunales. Así lo reafirmaron nuestros entrevistados tanto del Poder Judicial, de la Defensoría Penal Pública, como del propio INDH. Es más, existió una coordinación entre el INDH y la Unidad Especializada en Derechos Humanos para efectos de coordinar las calificaciones jurídicas y hacer más eficiente el ingreso de querrelas.

De acuerdo con el último balance disponible del INDH, a un año del *estallido social* se habían interpuesto 2.520 querrelas a nivel nacional, de las cuales 2.384 se dirigieron en contra Carabineros, 112 contra Fuerzas Armadas, 41 contra la Policía de Investigaciones, y 25 contra Gendarmería.⁵⁶ En relación a los delitos denunciados, 1.1730 querrelas eran por hechos constitutivos de apremios ilegítimos, 116 por violencia innecesaria, 6 por homicidio, 471 por tortura, 81 por abusos, 14 por lesiones gravísimas, 7 por lesiones graves, 35 por homicidio frustrado, por nombrar las más relevantes.⁵⁷ En relación a las 6 acciones judiciales por el delito de homicidio de víctimas individuales (por hechos ocurridos el 20, el 22 de octubre y el 15 de noviembre), 3 fueron en contra

53 La denuncia no es otra cosa que la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público sobre la noticia de la comisión de un hecho que reviste el carácter de delito. Esta, puede ser realizada directamente ante esta institución, como también ante Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile, o ante cualquier tribunal con competencia criminal. Véase, artículo 173, Código Procesal Penal. La querrela, por su parte, implica el ejercicio de la acción penal para la persecución del delito cuando es promovida por la víctima y otros individuos e instituciones facultados para ello. Artículo 53 y 111, Código Procesal Penal.

54 Entrevista del 11 de agosto de 2020. En el mismo sentido fiscal regional del Bío Bío, entrevista del 16 de octubre de 2020.

55 Entrevista del 11 de agosto de 2020.

56 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Balance INDH: a un año de la crisis social, 2020, p. 3. Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/10/Balance-INDH-18-octubre-Prensa.pdf>

57 *Ibid.*, p. 4.

de efectivos del Ejército, 2 en contra de Carabineros y 1 en contra de miembros de la Armada.⁵⁸

Otras instituciones de la sociedad civil también han presentado querrelas por hechos ocurridos durante la crisis social. La ONG Comisión Chilena de Derechos Humanos, por ejemplo, ha presentado al menos 29 querrelas por delitos de lesiones graves gravísimas (15), tortura (7), homicidio frustrado (2), entre otros.⁵⁹

El informe del Ministerio Público, de junio de 2020, daba cuenta que han ingresado causas por un total de 8.510 víctimas, 18% de ellas de sexo femenino, 15% NNA, el 0,3% se autodeterminó como parte de un pueblo originario, mientras que el 1,2% tenía una nacionalidad distinta a la chilena.⁶⁰ Llama la atención que, de acuerdo a este informe, el 66% fue iniciado por denuncia ante Fiscalía o policías, mientras que solo el 21,1% por denuncia en una audiencia de control de detención, 9,4% por querrelas, 2% de oficio por el Ministerio Público, y un 1,5% no presentaba información sobre su forma de inicio.⁶¹ Esto, por cuanto como señalaba Ymay Ortiz en la entrevista realizada, era de esperarse que este canal de denuncias ante policías se encontrase más bien cerrado –al ser de manera principal la institución a la cual pertenecían la gran mayoría de los denunciados–. Por lo mismo, es posible que dicho dato provenga más bien de aquellas denuncias presentadas por instituciones como el INDH ante la Fiscalía.

De acuerdo con este mismo informe, en relación con los hechos denunciados, 1.026 víctimas habrían sufrido lesiones graves, 411 de las cuales se referían a lesiones oculares (40%); mientras que 3.219 víctimas reportaron lesiones por armas de fuego. Con relación a las víctimas de hechos constitutivos de violencia sexual (364), y de manera similar a lo denunciado por el INDH, la mayoría se trató de desnudamientos (71%), y otros hechos constitutivos de abuso sexual con contacto (18,4%). Se registraron 12 hechos constitutivos de violación o abuso sexual agravado (3,3%).⁶²

Del total de hechos constitutivos, la calificación jurídica inicial realizada por el Ministerio Público en su mayoría se refirió al delito de apremios ilegítimos (69%) y abusos contra particulares (21%). Un 2,2% de ellos se calificaron como tortura, donde al menos uno de casos terminó con la muerte de la persona vulnerada, según nos relató

58 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social*, 2019, pp. 23-27.

59 Información provista por la misma ONG, documento en archivo con los autores.

60 Ministerio Público, *Cifras Violencia Institucional 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020*. Informe Unidad especializada en derechos humanos, violencia de género y delitos sexuales, Fiscalía Nacional.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

una entrevistada del Ministerio Público.⁶³ De aquellos casos donde el sujeto pasivo denunciado fue una institución (6.867 casos), un 93% eran causas contra Carabineros de Chile. De manera similar, cuando el denunciado era una persona individualizada (466), el 97% de ellos/as pertenecía a dicha institución.⁶⁴ Como veremos a continuación, ello se relaciona con uno de los aspectos problemáticos que ha tenido que enfrentar el Ministerio Público durante la investigación de estos hechos: la identificación de funcionarios responsables de estos ilícitos, más allá de la caracterización de la institución a la que pertenecían.

A casi un año del *estallido social*, los resultados de estas investigaciones se encuentran aún pendientes, en tanto los plazos de investigación se han visto extendidos en el tiempo. Es más, de acuerdo con el último balance del INDH, del total de querellas presentadas, al 15 de septiembre había solo 28 causas formalizadas a nivel nacional y 68 personas imputadas: 64 funcionarios de Carabineros y 4 de las Fuerzas Armadas (3 militares y 1 miembro de infantería de Marina). Así lo reconoce, por ejemplo, una de nuestras entrevistadas del Ministerio Público, quien señala que, por una serie de complejidades, estas investigaciones han avanzado a un ritmo más bien lento para los estándares, al menos, comparado con las causas que habitualmente se investigan en el contexto del sistema procesal penal vigente, y, sobre todo, a un ritmo distinto al que entendiblemente exigen las víctimas.⁶⁵ ¿A qué se debe esto? En este capítulo hemos podido identificar varios obstáculos y factores problemáticos que han dificultado el avance de estas investigaciones.

El primer aspecto dice relación con la poca experiencia en este tipo de hechos, en el marco del funcionamiento del sistema procesal penal, vigente en el país a partir del año 2000. De acuerdo a gran parte de nuestros entrevistados, el *estallido social* implicó un aumento extraordinario de denuncias por hechos constitutivos de ilícitos, como los previamente relatados, y tomó de sorpresa a todas las instituciones del sistema de justicia, las que no se encontraban preparadas para acoger el enorme flujo de casos que llegaron a su conocimiento.⁶⁶ Por supuesto, ello implicó que las instituciones del sistema o no contasen con los recursos humanos ni materiales, o tuviesen importantes limitaciones en cuanto a gestionar los recursos existentes de manera adecuada para hacer frente a ese volumen de asuntos ingresados durante un breve lapso de tiempo.⁶⁷

63 Entrevista del 11 de agosto de 2020.

64 Ministerio Público, op. cit.

65 Entrevista del 11 de agosto de 2020.

66 Entrevistas del 11 y 12 de agosto de 2020. En el mismo sentido la fiscal regional del Bío Bío manifestó "era inédito para todos".

67 Por ejemplo, la fiscal regional del Bío Bío reportó que las medidas que en su fiscalía se tomaron en este sentido se dieron después de 2 o 3 semanas de ocurrido el *estallido social*. En el inicio existían muy poca claridad del número de casos, del tipo de delitos, de su frecuencia, de su ubicación, entre otros factores.

Ahora, de acuerdo a Ymay Ortiz, el hecho de que la Unidad de Derechos Humanos ya estuviese constituida, y que hubiesen instructivos para la investigación de hechos constitutivos de violencia institucional, así como una serie de capacitaciones en materia de derechos humanos, habría implicado que el *estallido social* no sorprendiera al Ministerio Público absolutamente desprovisto de conocimientos y metodologías de trabajo.⁶⁸ Esto habría ayudado en parte a organizar el trabajo en el contexto de la avalancha de casos nuevos que habría traído consigo el *estallido social*, a partir del 18 de octubre, al menos a través de la generación de orientaciones para la unificación de criterios, aportar con material de utilidad para los y las fiscales, etc.

Con relación a este aumento, de acuerdo con información obtenida a partir de nuestras entrevistas, a nivel nacional los casos de violencia institucional, previo al 18 de octubre, solían rondar los 2000 casos al año. En cambio, entre el 18 de octubre y el 31 de marzo se habrían contabilizado aproximadamente 8.800 víctimas. Esto implicó diseñar una estrategia distinta, comenzando por desarrollar un importante esfuerzo para sistematizar y registrar hechos ingresados en las distintas fiscalías con diversas calificaciones iniciales. Es el caso, por ejemplo, de las heridas o lesiones por impactos de balas o perdigones en ojos o en la cabeza de las víctimas, denuncias que, dada la inexistencia de un delito específico de lesiones oculares, eran ingresadas en algunas fiscalías como apremios o como lesiones en general. Así, se tuvieron que depurar todos los ingresos por lesiones, caso a caso, para individualizar las reales dimensiones de este fenómeno en particular. De esta manera, aun cuando el Ministerio Público no estaba totalmente desprovisto de procesos de trabajo, este importante aumento de casos hizo que algunas unidades tuviesen que adaptar de manera significativa sus rutinas de funcionamiento.

En un seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ximena Chong, fiscal adjunto jefe de la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte (una de las principales unidades regionales del Ministerio Público que ha tenido que conocer de causas relacionadas al *estallido social*), daba justamente cuenta de cómo cambió el panorama en relación con estos delitos. Así, durante el seminario, señaló que entre el 2000 (cuando comienza a regir la reforma procesal penal) y 2008, prácticamente, no había registros de sentencias en materia de delitos equiparables a torturas o apremios ilegítimos y que solo a partir de ese año hasta 2015 se contabilizaban 46 sentencias de este tipo. En base a

68 Entrevista del 11 de agosto de 2020. Asimismo, en la Región del Bío-Bío se reportó que, afortunadamente, había algunos fiscales que se habían capacitado en materia de derechos humanos. Entrevista fiscal regional Bío-Bío, 16 de octubre de 2020.

lo anterior ella concluía que, en general, la percepción de los operadores es que si bien no eran inexistentes, los delitos relacionados con tortura, en el marco del nuevo sistema procesal penal, eran más bien hechos aislados o anecdóticos, carentes de sistematicidad, salvo ciertos enclaves problemáticos.⁶⁹ En cambio, a partir del 18 de octubre, y sobre todo los meses noviembre y diciembre post *estallido social*, se experimentó, según relata esta fiscal, un aumento explosivo de causas por hechos relacionados con violencia institucional. Fue tanto que, a febrero de 2020, el Ministerio Público habría conocido y abierto aproximadamente 5.558 causas, de las cuales 1.457 correspondían a la Fiscalía Regional Centro Norte. A septiembre de 2020 en esa Fiscalía se contabilizaban 3.384 causas, que hoy se reducen a 2.500 causas activas (por ejemplo, luego de ser acumuladas cuando se trataba de los mismos hechos).⁷⁰ Producto de lo anterior, Ximena Chong relataba que, en su unidad de alta complejidad, que cuenta con 7 fiscales que, por lo general, tienen a su cargo entre 70 y 80 causas cada uno, ahora se pasó a un universo muy superior de causas. Esto exigió implementar un sistema de trabajo distinto, donde se tuvo que priorizar ciertas investigaciones, ya sea en atención a grupos vulnerables donde hay un deber de debida diligencia reforzado, o en casos donde hubiese lesiones de mayor gravedad.⁷¹

De manera similar, un entrevistado del INDH se refería a este aumento, señalando que entre 2010 y octubre de 2019 la institución había presentado aproximadamente 900 querellas por hechos de violencia institucional, mientras, hoy, solo relacionadas con el *estallido social* superan las 2.500.⁷²

El segundo factor de complejidad dice relación con las circunstancias en las cuales se generaron estas vulneraciones a los derechos humanos, y los hechos específicos que las constituyeron. Ambos elementos hacen que la investigación, en estos casos, sea particularmente compleja, por ejemplo, en lo que se refiere a la identificación de los responsables. Esta dificultad se condice con las cifras presentadas anteriormente de denuncias con imputado “desconocido” o cuyo sujeto pasivo es una institución, pero no un funcionario específico.

En este sentido, se destaca por parte de una de nuestras entrevistadas del Ministerio Público que, al contrario de la normalidad de los casos donde se recurre Carabineros para la realización de diligencias

69 Ponencia realizada por Ximena Chong en el Seminario “La investigación de las denuncias de violencia policial posteriores al 18 de octubre. Dificultades y los efectos de la pandemia en las investigaciones.”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 14 de Septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9pbUjCOR6xY>

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

72 Entrevista del 28 de septiembre de 2020.

de investigación, ahora ellos son los investigados en la gran mayoría de los procesos, lo que evidentemente dificulta el proceso investigativo.⁷³

Otra dificultad propia de estos hechos tiene que ver con el tipo de armas utilizadas. Por ejemplo, cuando se disparan balines, a diferencia de lo que sucede con un arma de fuego tradicional, existe menor trazabilidad para identificar la escopeta desde donde se percutió el proyectil.⁷⁴

El tercer factor de complejidad tiene que ver con la división propia del Ministerio Público, a nivel nacional. Su estructura se caracteriza por la descentralización, en el sentido de que son los fiscales regionales quienes tienen el control sobre los casos y, por lo tanto, tienen procesos de trabajo internos que suelen variar entre una y otra oficina regional, lo que ocurre también al interior de la Región Metropolitana, subdividida en cuatro fiscalías regionales diversas (Centro Norte, Sur, Oriente, y Occidente). En este sentido, Ymay Ortiz da cuenta de cómo desde la Unidad Especializada de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, además de la labor de registro a nivel nacional, elaboraron material de apoyo para los fiscales como informes sobre balines, normativa en materia de uso de armas de fuego y lacrimógenas por parte de las fuerzas de orden y seguridad, sobre responsabilidad de mando, etc.⁷⁵ Además de lo anterior, a nivel nacional, se modificó el instructivo 932/2015 (que como se dijo ya había sido modificado en enero de 2019) justamente para tratar de alinear las formas de trabajo en relación a la investigación de las causas asignadas al *estallido social*, junto con una propuesta de trabajo para los diversos fiscales regionales.

Sin embargo, estas orientaciones no siempre se han seguido y algunas fiscalías han establecido sus propias disposiciones lo que, sin duda, afecta, ya que se produce una diversidad de criterios, o estructuras de organización, para enfrentar el trabajo investigativo en un ámbito extremadamente complejo. Estas diferencias internas son percibidas, también, por otros organismos intervinientes en estas causas. Así, uno de los entrevistados del INDH nos señalaba que la investigación de asuntos relacionados con violencia institucional en Chile siempre ha sido más bien lenta, porque, entre otros motivos, las diversas divisiones

73 Por ejemplo, se informó que, en Concepción, debido a este factor, una de las primeras medidas que tomó la Fiscalía Regional fue entregarle a la Unidad regional de atención a víctimas y testigos (URAVIT) la labor de tomar contacto inmediato con las potenciales víctimas: "Hay que ir a buscar a esa gente rápido, para mantenerla conectada con el caso". Fiscal Regional del Bío Bío, 16 de octubre de 2020.

74 Los perdigones o balines son proyectiles "no letales" o "menos letales" utilizado en escopetas antidisturbio. Cada disparo de un cartucho contiene aproximadamente una decena de estos elementos. Véase: Patricio Jorquera y Rodrigo Palma, *Estudio de Perdigón. Informe final*, Departamento de Ingeniería Mecánica, Universidad de Chile, noviembre de 2019.

75 Entrevista del 11 de agosto de 2020 y entrevista a fiscal regional Bío Bío, 16 de octubre de 2020.

territoriales de la Fiscalía tienen diferencias de criterio y variados niveles de colaboración.⁷⁶

Como se señaló, una de las principales fiscalías regionales a cargo de los hechos del *estallido social*, dada su competencia geográfica, es la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, donde se nombró a Ximena Chong a cargo de la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad. De acuerdo con su relato, para la planificación de las diligencias investigativas destinadas a esclarecer los hechos del *estallido*, su unidad puso un particular acento en el respeto al estándar de debida diligencia, en el sentido de realizar una investigación seria, con diligencias encaminadas a dilucidar y establecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, de identificar y sancionar a los responsables, así como de asegurar, además, para la víctima una adecuada reparación.⁷⁷

Con este objeto, desde la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad se generaron, fundamentalmente, puntos de contacto de manera temprana con las diversas instituciones de las cuales se requería información (por ejemplo, del Ministerio del Interior, de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones y del Ejército).⁷⁸

Para la realización de diligencias de investigación, en la Fiscalía Centro Norte se trabajó directamente con la Policía de Investigaciones de Chile, en tanto esta institución tiene una Unidad de Derechos Humanos especializada en la materia y que se encuentra ubicada en la propia Región Metropolitana.⁷⁹ Por un lado, es una ventaja contar con el trabajo especializado de dicha unidad, pero al mismo tiempo es un problema desde el punto de vista de las investigaciones por hechos ocurridos en regiones del país distintas a la Metropolitana. Según nos relató la fiscal regional del Bío Bío, esta situación de alguna manera se solucionó de forma parcial con la buena disposición de la PDI de esa región, entidad que reasignó a funcionarios de la brigada de homicidios para trabajar con el fiscal a cargo de estos casos, aunque ese personal inicialmente no tenía la especialización necesaria en la materia.⁸⁰

Otra medida importante, de acuerdo con lo señalado por la fiscal Ximena Chong, fue el establecimiento de una “muralla china” entre la unidad de la Fiscalía encargada de la investigación de estos ilícitos frente a otros fiscales que investigaban otros hechos como desórdenes públicos acaecidos durante el *estallido social*. Esto se hizo para

76 Entrevista del 28 de septiembre de 2020.

77 Ponencia realizada por Ximena Chong en el Seminario “La investigación de las denuncias de violencia policial posteriores al 18 de octubre. Dificultades y los efectos de la pandemia en las investigaciones.”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 14 de Septiembre de 2020.

78 *Ibíd.*

79 *Ibíd.*

80 Entrevista fiscal regional del Bío Bío, 16 de octubre de 2020.

garantizar, de alguna manera, a las víctimas que la información aportada a estas investigaciones no sería utilizada en otras investigaciones que, eventualmente, pudiesen seguirse en contra de dichas personas.⁸¹ Esta decisión se relaciona, en forma directa, con el cumplimiento del estándar de objetividad e imparcialidad descrito en la sección anterior.

En las investigaciones de estos hechos también fue necesario establecer objetivos primarios y secundarios, en el sentido de que, en general, estos delitos son cometidos por miembros de instituciones jerarquizadas donde hay responsabilidad de mando. Incluso, la misma legislación penal en esta materia establece deberes especiales que permiten sancionar a quienes no evitan las consecuencias lesivas, estando obligados a ello.⁸²

Dada la complejidad de las circunstancias en que se producían estos ilícitos, normalmente en el contexto de manifestaciones masivas, fue muy importante la utilización de herramientas de análisis criminal. Así, dado el gran volumen de casos, ha sido posible establecer ciertos elementos comunes a partir, por ejemplo, de información georreferenciada. Ello permitió optimizar el requerimiento de información de instituciones, pero también sirvió como herramienta de investigación para identificar y establecer medios de pruebas comunes o recíprocos. Además, esta herramienta ha permitido determinar ciertos patrones en la conducta de personas que tenían a su cargo la mantención del orden público.⁸³

El cuarto factor, de especial complejidad, es el impacto que ha producido la pandemia del Covid-19 en todo el sistema de justicia, partiendo por las dificultades ocasionadas a nivel interno en el Ministerio Público. En el mismo seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ymay Ortíz, relataba cómo han visto disminuidos los recursos humanos a nivel institucional y cómo tuvieron que adecuar los sistemas para el trabajo remoto. Asimismo, comentó sobre la dificultad que implicó priorizar entre estas causas y otras de gran relevancia como, por ejemplo, aquellas relativas a la violencia de género que aumento en el contexto de la cuarentena establecida por la pandemia.⁸⁴

Ambas representantes del sistema judicial dieron cuenta de los factores externos que han ralentizado la investigación de estos hechos. Entre otras causas que han enlentecido las diligencias de investigación por parte de funcionarios de la Policía de Investigaciones, mencionaron

81 Ponencia realizada por Ximena Chong en el Seminario "La investigación de las denuncias de violencia policial posteriores al 18 de octubre. Dificultades y los efectos de la pandemia en las investigaciones.", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 14 de Septiembre de 2020.

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*

84 Ponencia realizada por Ymay Ortiz en el Seminario "La investigación de las denuncias de violencia policial posteriores al 18 de octubre. Dificultades y los efectos de la pandemia en las investigaciones.", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 14 de Septiembre de 2020.

la falta de recursos humanos, los cuales, según se nos relatara en una entrevista, eran ya escasos antes de la pandemia. En efecto, muchas diligencias de investigación son realizadas por parte de la Brigada de Derechos Humanos de la PDI, pero gran parte de su contingente está copado por las causas de derechos humanos de la dictadura llevadas por ministros en visita. A ello debe sumarse las bajas por personal contagiado con Covid-19 y por la destinación de recursos humanos a otras labores relacionadas con la pandemia.

A mayor abundamiento, se señalan problemas para la realización de pericias por parte del Servicio Médico Legal por razones técnicas, ante las dificultades de realizar informes psicológicos o de salud mental, en el marco del Protocolo de Estambul, en este contexto. Se mencionan, también, problemas para el agendamiento de audiencias de formalización por parte de los tribunales, a raíz de las necesidades de distanciamiento social que han tenido que enfrentar los tribunales penales.⁸⁵

b. Poder Judicial

Existe consenso, entre los distintos operadores que fueron entrevistados para este capítulo, de que el sistema procesal penal no estaba preparado para una situación de violaciones masivas de derechos humanos. En efecto, no existía un diseño de procedimiento para hacerles frente, en tanto su organización estaba pensada para un contexto de normalidad y no para funcionar en medio de un conflicto social y político de envergadura como el que vivimos, que ha puesto en tensión a todas las instituciones, incluidas las del sistema de justicia. Esto supuso que el sistema fuera sorprendido sin protocolos claros de reacción.

Lo anterior explica que se produjera una reacción proactiva por parte de muchos jueces y juezas, individualmente considerados, quienes se coordinaron y actuaron de *motu proprio*, pero sin responder a una reacción centralizada proveniente de las cúpulas. Se produjo, en consecuencia, una respuesta no uniforme frente al *estallido*, lo cual se puede graficar en el comportamiento que el presidente de la Corte Suprema de la época, Haroldo Brito, tuvo frente a la crisis social.

Uno de los entrevistados reportó que Brito adelantó el retorno de un viaje para el 19 de octubre y que su primera gestión al regreso a la capital fue reunirse con los jueces de garantía, que estaban de turno en el Centro de Justicia, con el fin de recabar información sobre cómo estaban manejando la situación de los detenidos, las medidas tomadas y, además, brindarles su apoyo. Al respecto, el entrevistado indicó que el entonces presidente de la Corte Suprema “(...) nos entregó pleno apoyo (...) apoyo explícito de la Corte Suprema a la función que estábamos

85 *Ibid.*

realizando, lo que en una institución tan jerarquizada es bastante”,⁸⁶ reconociendo el respaldo que sentía por parte de la jerarquía del Poder Judicial frente al rol que les correspondía a los jueces durante la crisis. Este respaldo se puede observar, también, en las múltiples declaraciones por parte del ministro Brito en diversos medios de prensa días y meses después del estallido,⁸⁷ donde reafirma la independencia de los jueces y destaca su labor como garantes de los derechos fundamentales. Dichos principios fueron reiterados durante el balance que realizó al terminar su período en el cargo.⁸⁸

Con todo, el mismo juez entrevistado indicó que la Corte Suprema no realizó mayores gestiones de coordinación centralizada, quedando la respuesta de los jueces de garantía sujeta a su propia proactividad y a la coordinación que ellos realizaran.

En el caso del Centro de Justicia de Santiago, esta falta de coordinación central no parece haber provocado mayores problemas en cuanto al desempeño de los aspectos básicos de su rol protector de los derechos humanos. Dicho Centro, –producto de la concentración física de la gran mayoría de los tribunales de la Región Metropolitana y por el hecho de existir ya una capacidad de coordinación previamente instalada vinculada al desarrollo de controles de detención– pudo realizar esfuerzos para hacer frente a las masivas detenciones producidas en los primeros meses del *estallido social*.⁸⁹

En efecto, gracias a esta coordinación se garantizó, respecto de todas las personas que fueron detenidas y posteriormente puestas a disposición de los tribunales, un examen imparcial y oportuno de la legalidad de su detención.⁹⁰ Lo anterior fue posible porque se aumentaron sus-

86 Véase igualmente, *La Tercera*: “Presidente de la Corte Suprema encabeza reunión con jueces de garantía ante detenciones masivas en Santiago”, 19 de octubre de 2019.

87 En entrevista, después de una reunión ante el ACNUDH, el presidente de la Corte Suprema señaló: “Hay una sensación que (los jueces) actuaron con mucho profesionalismo sin ningún tipo de tensión o exigencias que no corresponden y con mucho respeto por el trabajo que se ha realizado y eso, en mi criterio, es muy estimulante y muy justo por lo demás”. *La Tercera*: “Presidente de la Corte Suprema se reunió con misión del Alto Comisionado de la ONU para los derechos humanos”, 4 de noviembre de 2019.

88 Radio Agricultura: “Presidente de Corte Suprema destacó rol de los jueces en el *estallido social*”, 4 de enero de 2020.

89 Una situación similar fue descrita por el defensor regional del Bío Bío. En entrevista para este capítulo sostuvo que todos los principales actores del sistema procesal penal de dicha región se conocen desde el año 2003, lo que incluye a los jueces y que gracias a la experiencia del terremoto de 2010 “aprendimos a comunicarnos inmediatamente, nadie espera una instancia formal para reunirse”. Esto mismo fue indicado por la fiscal regional, quien sostuvo que gracias a esa experiencia hubo “un aprendizaje súper alto”.

90 Un problema distinto, a tratar en otro capítulo de este *Informe*, dice relación con la práctica desarrollada por policías y militares de detener de manera temporal a las personas hasta el término del toque de queda respectivo y ponerlas, luego, en libertad. Esta práctica cuya legalidad es muy cuestionable dejó a las personas detenidas en una situación de gran vulnerabilidad, ya que estas no eran posteriormente sometidas al control de la autoridad.

tancialmente las salas de control de detención, así como el número de jueces y de funcionarios del Poder Judicial disponibles, con el fin de aumentar la capacidad de estos para dicha labor.⁹¹

En cuanto a la eficacia del control de detenciones –e, indirectamente, de la actividad policial– es posible afirmar que este funcionó de manera eficaz, según dan cuenta las estadísticas disponibles: las detenciones que fueron declaradas ilegales sufrieron un fuerte incremento comparándolas con el mismo período el año anterior, ya que entre noviembre de 2018 y enero de 2019 se habían declarado ilegales un total de 1.285, mientras que para el período entre octubre de 2019 y enero de 2020 aumentaron a 1.928, concentrándose la gran mayoría (1.288) entre el 18 de octubre y el 11 de noviembre.⁹² En síntesis, hubo un incremento sustancial de las detenciones ilegales, dado que en un mes se alcanzó la misma cifra que en un trimestre en igual periodo anterior.

Asimismo, en el caso de los jueces de garantía de Santiago dicha coordinación permitió que algunos tribunales duplicaran la cantidad de jueces de garantía que realizaban el turno. Así, un juez de garantía se encontraba siempre disponible para atender llamados de la Fiscalía, Defensoría y otros actores que, a través de dicha vía, presentaran un recurso de amparo del artículo 95 del CPP, mientras que otro juez podía apersonarse en aquellos lugares o centros de detención donde su presencia fuese necesaria.⁹³

Ahora, es importante dejar de manifiesto que, si bien el mensaje de los jueces de garantía hacia el Ministerio del Interior y las fuerzas policiales fue claro en cuanto a que no se rebajarían los estándares ni existiría una mayor tolerancia en lo referido al control del actuar policial, dicho mensaje no fue especialmente enfático, ni del todo uniforme en cuanto a una mayor exigencia producto del estado de emergencia vigente en el país. Así, mientras algunos juzgados desarrollaron actividades que daban cuenta de que subieron su nivel de exigencia y proactividad en lo relativo a la protección de los derechos humanos, hubo otros que no modificaron su actuar o lo hicieron de manera muy leve en comparación a su comportamiento previo al *estallido social*. Desde otro punto de vista, es posible que mientras ciertas prácticas preexistentes al *estallido social* en algunos tribunales fueran superadas, en otros eso no sucedió.⁹⁴

91 Esto mismo se determinó en la región del Bío Bío; entrevista al defensor regional, 9 de octubre de 2020.

92 *La Tercera*: “En el 57% de las causas concluidas tras el 18-O no se inició investigación”, 19 de febrero de 2020.

93 Poder Judicial Chile.cl: “Jueces del 7° Juzgado de Garantía de Santiago se constituyeron en comisaría de metro Baquedano”, 19 de octubre de 2019.

94 Entrevistas del 14 de agosto y el 4 de septiembre de 2020.

Así, fue posible notar que algunos juzgados de garantía no se limitaron a intervenir en el control de detención, sino que desarrollaron otras actividades de prevención de violaciones de derechos humanos y labores que probaron el cumplimiento de su deber de cooperación y protección.⁹⁵

Es posible identificar que diversos juzgados de garantía a lo largo del país, a propósito del amparo ante el juez de garantía (Art. 95 CPP) y las facultades que ese recurso les otorga, personalmente concurrieron a distintos centros de detención, producto de los amparos presentados por cualquier persona a nombre del detenido, con el fin de fiscalizar su estado y las condiciones de dicha detención.

Por ejemplo, fue ampliamente cubierto por la prensa que a los pocos días del *estallido social* jueces del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago concurrieron a la estación Baquedano del Metro, donde se encuentra una comisaría, respecto de la cual se habrían recibido amparos telefónicos que indicaban que en dicho lugar habrían ocurrido actos de tortura. Los jueces de ese tribunal, una vez revisados los antecedentes, se apersonaron a las pocas horas en esa estación, procediendo a revisar todas las dependencias de ese recinto y de la comisaría misma en búsqueda de personas detenidas y de vestigios de la ocurrencia de torturas.⁹⁶ Esa diligencia no permitió verificar la existencia de detenidos ni de señales de actos de tortura, ante lo cual los jueces derivaron los antecedentes a la fiscalía respectiva para que continuara investigando.

Asimismo, y especialmente a fines de octubre y durante noviembre, jueces y juezas de garantías de diversas partes del país –a distintas horas y en distintas fechas– se apersonaron en diferentes unidades policiales con el fin de examinar las condiciones de detención,⁹⁷ la operatividad de las cámaras de dichos recintos y la disponibilidad de las listas de detenidos –respecto de las cuales no había duda de que constituían información pública–. También lo hicieron para garantizar que se permitiera el acceso a esas unidades policiales no solo a abogados del INDH, sino que a cualquier abogado e incluso a habilitados en derecho y que

95 Entrevista del 12 de agosto de 2020.

96 CNN Chile: “Daniel Urrutia, juez de garantía de Santiago: ‘En este momento se están violando los DD.HH. de gran parte de la población’”, 24 de octubre de 2019.

97 Al menos se registran visitas de esta naturaleza por parte del 6° Juzgado de Garantía de Santiago (<https://www.youtube.com/watch?v=0h4STPohSK0>), del 2° Juzgado de Garantía de Santiago (<https://www.youtube.com/watch?v=ui5-FDwtgYI>), del Juzgado de Garantía de Lota (<https://www.youtube.com/watch?v=s1tOc6gn73o>), del Juzgado de Garantía de Ovalle (<https://www.youtube.com/watch?v=XNlZ9e-4Ndc>) y Juzgado de Garantía de Temuco (<https://uatv.cl/2019/10/25/presidente-del-juzgado-de-garantia-de-temuco-estamos-llamados-constitucionalmente-a-resguardar-los-derechos-de-todas-las-personas/>)

no se entorpeciera la entrevista de ellos con los detenidos.⁹⁸ Con todo, las entrevistas realizadas y otras fuentes de información dan cuenta de que estas actividades quedaron a la discreción de cada juzgado.

Al respecto, una investigación empírica, cuyos datos se conocieron a través de Ciper Chile, mostró que –entre el 21 de octubre y el 5 de diciembre de 2019, y luego de una revisión de más de 70 audiencias de control de detención en juzgados de garantía de Santiago y La Araucanía– los “jueces no fiscalizaban ni cumplían un deber de información de las personas detenidas” ni tampoco revisaron las condiciones en que se produjo la detención. En efecto, los autores de dicha investigación (Justicias reformadas y acceso a la justicia en Chile, Fondecyt 1180038) no publicada aún, indicaron, en una columna escrita en febrero de 2020, que en 46 de 72 audiencias observadas “no se hizo ninguna pregunta al imputado o la imputada acerca de las condiciones de su detención”.⁹⁹ Con todo, en el mismo período fue posible identificar juzgados de garantía que fueron mucho más proactivos y generaron distintas instancias de coordinación o de generación de información.

En primer lugar, podemos mencionar la situación del 2º Juzgado de Garantía, el cual, dado el explosivo aumento de amparos, decidió coordinar una reunión con Carabineros, la Fiscalía y otros actores para “(...) establecer alianzas con los Carabineros, la Policía de Investigaciones y coordinar y, además, yo diría reflexionar, acerca de si nosotros estamos preparados para una contingencia de esta naturaleza” y, así, obtener por parte de las policías toda la cooperación e información necesarias. En este sentido, el magistrado Alberto Amiot dio cuenta de las distintas circunstancias vividas durante los primeros días del estado de emergencia y la necesidad de “elevar los estándares de control”.¹⁰⁰

Un segundo ejemplo vinculado, además del deber de protección

98 Véase declaraciones de Jueza de Garantía Vania Boutaud, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=0h4STPohSK0>

99 Ciper Chile.cl: “La zona gris de las audiencias de control de detención en el contexto del *estallido social*”, 12 de febrero de 2020. Consistente con la información contenida en este artículo fueron las descripciones relevadas mediante entrevistas a defensores de la Región Metropolitana. Uno de ellos describió el comportamiento de los jueces de garantía en los siguientes términos: “Hay dos corrientes de jueces, unos que una vez le preguntan al imputado si es que sufrió violencia y constatado esto hacen la denuncia, mientras que otros simplemente le preguntan si quiere hacerla. Y le preguntan no en el tono más acogedor. Alguien que lleva 12 horas detenido, esposado, lo único que quiere es irse para la casa y olvidarse del tema”. El segundo defensor, en el mismo sentido, indicó que el mensaje de algunos jueces a los detenidos era “mejor que haga la denuncia al salir”, para no tomarla durante la audiencia. Entrevistas del 4 de septiembre y del 4 de agosto, respectivamente.

100 Poder Judicial Chile.cl: “Juez de garantía de Santiago sostuvo reunión de coordinación con representantes de las policías”, 28 de octubre de 2019.

de los derechos humanos, al deber de cooperación, se puede observar en el protocolo de recepción de denuncia elaborado por el comité de jueces del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Este protocolo, según indica un entrevistado, se fundamenta en la idea de que las personas que pasaban a control de detención podrían haber sido víctimas de violaciones a sus derechos y de que “entre más rápido se pudiera recabar información de violación de derechos humanos, probablemente pudiera existir una mayor facilidad luego para la investigación de la causa”.¹⁰¹

Este protocolo establece que en cada control de detención en que hubiese denuncia se genera inmediatamente una causa en el tribunal. Esto implica la labor por parte de los jueces de registrar una relación lo más detallada posible de los hechos denunciados, más toda la información que los jueces pudieren apreciar, incluida la posibilidad de tomar fotos de las lesiones del detenido. En casos más graves tienen la facultad de derivar inmediatamente al SML y de oficiar al INDH y a la Defensoría de la Niñez, organismos considerados como colaboradores en esta materia. Con este proceder inmediatamente en el sistema se generaba un caso que debía ser investigado por el Ministerio Público. Con todo, tal como se desprende de entrevistas con defensores penales públicos, esto no era un protocolo común ni extendido.

Si bien la intervención de la judicatura, en cuanto a solicitudes de protección de los derechos humanos se concentró en gran medida en los juzgados de garantía, lo cierto es que este no fue el único foro en que estas tuvieron lugar. Así, desde octubre de 2019, se registran al menos 73 recursos ante los tribunales superiores del país referidos al uso por parte de Carabineros de balines, escopetas y gas lacrimógeno.¹⁰² Esto se verificó mediante la sucesión de diversos fallos sobre la materia, por la vía del recurso de protección y de amparo en diferentes cortes de apelaciones, entre ellas, las de Antofagasta, Concepción, Rancagua, Santiago y la misma Corte Suprema.¹⁰³

Inicialmente, algunas de estas Cortes pronunciaron órdenes de no innovar en la que restringieron o condicionaron el uso de dichas herramientas durante las manifestaciones. Así, algunos fallos señalaron: “Las autoridades deberán atenerse estrictamente al protocolo dispuesto por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública para la situación

101 Entrevista del 12 de agosto de 2020.

102 Para una descripción general, que incluye estadísticas, véase, Observatorio Judicial, *Fuerza pública e ilegitimidad de la violencia*, septiembre de 2020.

103 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Roles 8013-2019 y 8428-2019; Corte de Apelaciones de Concepción Rol 53475-2019; Corte de Apelaciones de Rancagua, Roles 19877-2019, 19992-2019, 20068-2019, 20022-2019; Corte de Apelaciones de Santiago, Roles 173780-2019, 174181-2019, 174330-2019, 173961-2019, 174413-2019, 175431-2019, 174967-2019, 173904-2019, 175725-2019, 175539-2019, 176652-2019, 177077-2019 y 174994-2019.

actual, esto es, abstenerse de utilizar armas letales, como también balines, respecto únicamente de las personas que protesten pacíficamente, limitando el uso de gases lacrimógenos o cualquier otro método o procedimiento que afecte la integridad física de las personas, a las situaciones extremas que lo ameriten”^{104, 105}.

Asimismo, en diciembre de 2019, la Corte de Apelaciones de Concepción acogió un recurso de amparo contra Carabineros de Chile, ordenándole que se abstuviese de usar sustancias químicas hasta que no contase con un procedimiento aprobado por la autoridad de salud pública.¹⁰⁶ La resolución de la Corte de Concepción fue confirmada por la Corte Suprema el 26 de diciembre de 2019.¹⁰⁷

Con todo, es posible observar que con el pasar del tiempo la inmensa mayoría de dichos recursos fue finalmente rechazado por las mismas Cortes. Es lo que concluye el informe del Observatorio Judicial, el cual reporta que, de un universo de 73 recursos, 68 fueron finalmente rechazados. Asimismo, estos rechazos fueron confirmados por la Corte Suprema.¹⁰⁸

Una de las excepciones relevantes en la materia fue la resolución pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la cual acogió 15 recursos de protección contra el uso de escopetas que disparaban balines de goma, prohibiendo su uso a todo evento.¹⁰⁹ Dicha causa está apelada ante la Corte Suprema, pendiente de ser resuelta.

Este altísimo porcentaje de rechazos de los recursos nos lleva a preguntarnos cuál es la causa de estos pronunciamientos que, en los hechos, se han traducido en una importante incapacidad de la acción de protección constitucional para proteger de violaciones a los derechos humanos a aquellos ciudadanos que protestan pacíficamente. Al respecto, si bien cada acción constitucional presenta diferencias en cuanto a los derechos alegados, como en relación a los afectados y a las situaciones específicas denunciadas, es posible identificar un conjunto de consideraciones que explican esta situación y que se repiten, con frecuencia, en el razonamiento de las respectivas Cortes.¹¹⁰

104 La Tercera: “Corte de Antofagasta limita actuar de Carabineros en marchas”, 12 de noviembre de 2019.

105 Corte de Apelaciones de Antofagasta (12 de noviembre); Corte de Apelaciones de Rancagua (18 de noviembre).

106 ADN Radio.cl: “Corte de Concepción ordenó que Carabineros no use sustancias químicas para restablecer el orden público”, 13 de diciembre de 2019.

107 La Tercera: “Corte Suprema confirmó fallo que ordena a Carabineros del Bío-Bío limitar uso de químicos en manifestaciones”, 26 de diciembre de 2019.

108 Observatorio Judicial, op. cit., p. 4.

109 Biobiochile.cl: “Corte de Valparaíso ordena a Carabineros cesar uso de balines en todo evento”, 19 de junio de 2020.

110 Algunos de estos elementos en común son igualmente identificados por el informe del Observatorio Judicial, aunque dicha entidad hace una lectura positiva de ellos. Véase Observatorio Judicial, op. cit., pp. 8-12.

En primer lugar, varios de los recursos fueron presentados con el fin de argumentar la existencia de comportamientos atentatorios a los derechos por parte de Carabineros de Chile, pero se referían a situaciones específicas de afectación ya ocurridas. A este respecto, las Cortes en su mayoría optaban por entender que las conductas denunciadas, a través de esta acción, constituían comportamientos individuales por parte de los funcionarios policiales, los cuales, al ser potencialmente un delito, no correspondía que fueran resueltos en esta sede, por no ser esta de lato conocimiento.¹¹¹ En este sentido, las Cortes y, en casi todos los casos, los abogados de Carabineros y del Ministerio del Interior presentaban como estrategia de litigación el indicar que el recurso no era la medida idónea para resolver estas situaciones, alegando que se trataba de conductas ya ocurridas y desarrolladas por funcionarios de manera individual y no coordinada por la institución a la que pertenecen.¹¹² De hecho, en buena parte de los recursos el Ministerio del Interior discutía que se presentara el recurso en su contra, alegando que de dicho Ministerio no se había pronunciado instrucción alguna que autorizara a los funcionarios policiales a comportarse de esa manera, ni a coordinarlos en dicho sentido.

En segundo lugar, existía un constante problema probatorio según las Cortes al momento de presentarse estas acciones.¹¹³ Este consistía en que más allá de que algunos recursos aludían a situaciones individuales de violaciones (todas ellas ya ocurridas y terminadas), en cuanto se trataba de justificar el peligro que el comportamiento de Carabineros generaba, los recurrentes apelaban a que este comportamiento abusivo era un “hecho público y notorio”, argumento que varias veces

111 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de diciembre de 2019, Rol 8013-2019 y 8030-2019, Considerando 5º y 7º. Corte de Apelaciones de Talca: “En el evento que fueren efectivos los sucesos en que se sostiene el arbitrio, es decir, que Carabineros utilizaron el armamento no letal de que disponen en contravención a la normativa reglamentaria que lo regula, causando molestias e incluso lesiones a las personas, esos hechos importarían la comisión de ilícitos que ameritarían ser investigados y sancionados por las vías que prevé la legislación, con sujeción a las normas procedimentales que ella contempla, no siendo esta acción preventiva de amparo la idónea para obtener tal finalidad”. Corte de Apelaciones de Talca, Rol 246-2019.

112 Un argumento representativo en las presentaciones del Ministerio del Interior, es el siguiente: “Precisado lo anterior, señala que no cabe sino concluir que, las situaciones expuestas y denunciadas en la acción de protección de autos, pueden llegar a enmarcarse dentro de la responsabilidad que le cabe personalmente a cada uno de los funcionarios que incurre en estos hechos; pero de ninguna manera, es el Ministro del Interior y Seguridad Pública, el responsable de alguna conducta ejercida de forma personal por un funcionario de Carabineros de Chile en el ejercicio de sus labores operativas relativas a garantizar y mantener el orden público y la seguridad interior en todo el territorio de la República”. Corte de apelaciones de Valparaíso, 19 de junio de 2020, Rol 37406-2019.

113 Véase, como ejemplo, Corte de Apelaciones de Arica, 12 de diciembre de 2019, Rol 1565-2019, considerando 5º. Corte de Apelaciones de la Serena, 13 de diciembre de 2019, parte expositiva.

fue rápidamente descartado por las Cortes, ya sea indicando la falta de una instrucción por parte del Ministerio en este sentido y/o al mantener el criterio de la estricta responsabilidad individual del funcionario involucrado. Un ejemplo de lo anterior es el fallo de la Corte de Temuco, donde se señala que estos actos corresponden a hechos “aislados y específicos no siendo la regla general”.¹¹⁴

Hubo recursos de protección que presentaron argumentaciones diferentes, en las cuales se alegaba que dado los hechos ya ocurridos en manifestaciones previas y las consecuencias que estos tuvieron para muchas personas, existía un temor y una amenaza de que los ciudadanos –si en el futuro deseaban ejercer su derecho a manifestarse– corrieran el riesgo de ser igualmente violados en sus derechos.¹¹⁵ Estos recursos, como algunos de los presentados en Temuco, argumentaban este riesgo basándose en informes de organismos internacionales y de instituciones médicas. Ante estos casos, las Cortes igualmente rechazaron los recursos, reiterando la idea de la responsabilidad individual de los funcionarios, respecto de los cuales ya existían querellas y el hecho de que ya habían sido dictados protocolos por parte de Carabineros.¹¹⁶ En dichos casos las Cortes no se hacían explícitamente cargo del argumento de la amenaza al ejercicio del derecho a protestar, producto del riesgo de las personas a ser víctimas de agresiones y heridas por el actuar de Carabineros.¹¹⁷

La conclusión general que emerge de la revisión de las sentencias analizadas, y que podría explicar por qué los recursos han sido en su gran medida rechazados, dice relación con que la mayoría de las Cortes no ha estado dispuesta a aceptar en sus fallos la existencia por parte de Carabineros de una práctica sistemática de violación de derechos humanos en el contexto de manifestaciones sociales.¹¹⁸

114 En un sentido similar, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de diciembre de 2019, Rol 8013-2019 y 8030-2019, Considerando 2º y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 176052-2019, “en ciertos y lamentables eventos, una reacción desmedida”. (considerando séptimo).

115 Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de junio de 2020, Rol 17653-2019, parte expositiva y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 176052-2019, parte expositiva.

116 Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de junio de 2020, Rol 17653-2019, considerando 7º.

117 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 176052-2019, considerando 8º.

118 Ha sido explícita la Corte de Apelaciones de Santiago: “Sin embargo, ninguno de esos actos ilícitos afectó directamente a los recurrentes, por lo que sostener que esos hechos aislados constituirían un actuar sistemático de la policía que, eventualmente podría afectarles, es una afirmación que no se explica de forma alguna en el recurso, al no existir evidencia de un ataque de esas características en su perjuicio.” (el destacado es nuestro). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 176052-2019, considerando 8º.

Es interesante el contraste que produce el voto en contra del fiscal judicial Norambuena, que comienza señalando: “Que, atendido los hechos en que se funda el recurso, se considera que se encuentra acreditado el acto arbitrario e ilegal que se reclama, no solo por el contexto que se describe, los antecedentes probatorios que se acompañan, el último boletín del Instituto Nacional de Derechos Humanos y la multiplicidad de estudios, periódicos y noticias que citan (...)”.

En efecto, pareciera ser que algunas Cortes, a pesar de los diversos informes de organismos internacionales respecto del comportamiento de Carabineros, solo estarían dispuestas a aceptar este escenario ante evidencia irrefutable de la existencia de una orden directa del Ministerio del Interior o de los superiores jerárquicos respectivos. Persiste, entonces, un enfoque que reduce el problema al comportamiento individual de ciertos funcionarios que cometieron “excesos” o actos “aislados”.

El razonamiento seguido en el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso contrasta con lo anterior. En los considerandos 20º a 24º se da cuenta en detalle de todas las fuentes de información indicadas por los recurrentes, entre ellas un informe del INDH, del Hospital Carlos Van Buren, de la Seremi de Salud y del Hospital Gustavo Fricke y de la Universidad de Valparaíso, todas ellas aludiendo a la masividad de las lesiones y de las consecuencias producidas. Es a propósito de esta información que dicha Corte de Apelaciones abandona la noción (o narrativa) de responsabilidad individual y realiza una declaración general acerca del comportamiento de Carabineros como entidad en su conjunto: “(...) la fuerza pública actuante en las manifestaciones (...) ha desoído el principio esencial que debe guiar sus actos, cual es de la gradualidad y proporcionalidad en el empleo de la fuerza en su accionar, lo que se ve representado por, en algunos casos, una actitud desafiante para contener a la multitud y en otros, para reprimir inmediatamente dichas manifestaciones por medios violentos (...)”.¹¹⁹

La consecuencia de esta línea jurisprudencial, bastante asentada a nivel de tribunales superiores, es que las Cortes no han tomado medidas que de manera unívoca y definitiva garanticen a los ciudadanos, como un grupo o colectivo, que estos podrán manifestarse en el futuro libres del temor de ser heridos por parte del actuar del personal policial. Es muy difícil que se tomen dichas medidas si los tribunales superiores no están dispuestos a aceptar que existe una práctica de violaciones masivas a los derechos humanos, más allá de que esta sea o no coordinada por los altos mandos.

c. Defensoría Penal Pública

En el contexto del sistema procesal penal la defensa está llamada a cumplir un rol muy específico e importante, que es proveer de representación legal a las personas objeto de persecución penal. En el contexto del *estallido social* se tradujo en un rol proactivo de protección de los derechos humanos de sus representados.

En términos generales el comportamiento de la Defensoría Penal cumplió cabalmente con su rol, asegurando representación legal para

119 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de junio de 2020, Rol 37406-2019, considerando 25º.

todos los detenidos, de manera pronta y oportuna. En este sentido, no existe información que apunte a que los defensores de alguna manera se abstuvieron de realizar su trabajo durante el *estallido*, ni que la Defensoría, a pesar de su falta de autonomía institucional, haya recibido presiones u órdenes del Ministerio de Justicia.

Ahora bien, al igual que las otras instituciones, la Defensoría Penal tampoco estaba preparada para lidiar con los inusitados números de personas detenidas, especialmente al comienzo del *estallido social*. En este sentido, si bien logró proveer de la cobertura necesaria, esto no se debió a un esfuerzo centralizado proveniente de la Defensoría Nacional, ni a un aumento de recursos. En efecto, según uno de los defensores entrevistados, la gran avalancha de casos se logró controlar gracias a “(...) la colaboración voluntaria de gente que estaba haciendo la práctica, que la había hecho hace tiempo, de gente que estaba haciendo reemplazo, fueron todos en masa a colaborar, llenando fichas, haciendo las entrevistas, porque eran días de 800 detenidos, cosas inmanejables”.¹²⁰

Lo anterior se debió a que, para el gran número de detenidos que se produjo, los defensores de turno no eran suficientes, ya que no tenían el tiempo para entrevistarse con cada persona, verificar sus condiciones de detención, instruirla acerca de sus derechos, entre otras actividades. Fue solo gracias a los voluntarios, especialmente los primeros días del *estallido*, que esa demanda se pudo manejar.

En efecto, el poder asegurar un tiempo razonable para conversar con sus patrocinados llevó a que diversas defensorías organizaran, primero de manera informal y después institucionalizada, turnos en comisarías, para fiscalizar el estado de las personas y tener más tiempo para entrevistarlas. Relatos de defensores, tanto de la Región Metropolitana como de la región del Bío Bío, dan cuenta de que se quedaban hasta altas horas de la noche esperando que los detenidos llegaran a las comisarías, ya que muchos de ellos se encontraban constatando lesiones.¹²¹

Más aún, algunas defensorías regionales realizaron diversas gestiones para asegurar condiciones apropiadas de entrevista y detención de las personas en las comisarías mismas. Así, el defensor regional del Bío Bío da cuenta de que se coordinó con la Primera Comisaría de Concepción, donde eran llevados la mayor cantidad de detenidos, una oficina provisoria para los mismos defensores, así como condiciones razonables de detención, donde se distinguiera entre tipo de detenido, considerando grupos diversos vulnerables. Con todo, estas iniciativas no fueron coordinadas por la Defensoría Nacional, sino que dependieron

120 Entrevista 4 de septiembre de 2020.

121 En entrevista del 4 de septiembre de 2020 se indicó: “Se formaron grupos de voluntarios para ir a recorrer a las comisarías, fuera de nuestras jurisdicciones, con nuestros autos particulares”.

de las gestiones realizadas por cada defensoría regional.

Al respecto, los defensores entrevistados dan cuenta de que la única instrucción que recibieron de parte de la Defensoría Nacional fue la de tomar denuncias de las personas que alegaran haber sido víctimas de violaciones de derechos humanos y de informar al Instituto Nacional de Derechos Humanos. No se reportó de parte de los entrevistados la existencia de instructivos específicos que detallaran cómo tratar, investigar o litigar las causas derivadas del *estallido*.

3. REFLEXIONES Y RECOMENDACIONES

Este capítulo se cierra a poco menos de un año de los eventos ocurridos el 18 de octubre de 2019. El tiempo transcurrido genera un contraste complejo. Tal como nos indicó una entrevistada, estos meses han sido una eternidad para las víctimas de las violaciones, pero para el sistema de justicia y las instituciones que lo conforman el tiempo transcurre de manera distinta. En efecto, las investigaciones están en curso, pero afectadas por una pandemia que, desde marzo de 2020, tiene a gran parte de las instituciones del sector justicia trabajando desde sus hogares, con capacidades limitadas y con un funcionamiento anormal. Es, entonces, difícil en este momento evaluar de manera categórica el comportamiento de los organismos estatales, pero a estas alturas es posible afirmar lo siguiente: el sistema de justicia criminal en el contexto del *estallido* combinado con la pandemia del Covid-19 fue solo capaz de asegurar lo mínimo que se esperaba de él.

Tal como nos indicaron todos los entrevistados, el sistema procesal penal chileno no estaba preparado para una situación de violaciones masivas de derechos, no existían protocolos para ello, no se trabajaba con dichos volúmenes de carga de trabajo, no existían rutinas laborales apropiadas, ni una organización pensada para dicho escenario.

La información muestra que durante las primeras semanas desde el inicio del *estallido social* el sistema de justicia criminal realizó importantes esfuerzos para “absorber” una inédita carga de trabajo. Se generaron nuevas rutinas laborales, se doblaron los turnos de los jueces de garantía, se elaboraron por parte de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional nuevos catastros para depurar las denuncias, se agruparon investigaciones por parte de algunas fiscalías regionales, se generó un turno de defensores en determinadas comisarías, entre muchos otros esfuerzos.

Lo anterior se demuestra, por ejemplo, en los esfuerzos relevantes, aunque improvisados, para registrar las denuncias de violaciones a los derechos humanos, así como para generar datos estadísticos que han sido publicados en los diversos informes provenientes de instituciones

como el Ministerio Público o el INDH, los cuales, lamentablemente, por falta de criterios comunes, no coinciden. Sin embargo, gracias a labor de algunas instituciones y sobre todo de personas, al menos hay una base de información respecto de la cual es posible trabajar y, el día de mañana, evaluar los resultados.

Desde una perspectiva vinculada al Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos, puede afirmarse lo mismo que se señaló con anterioridad, es decir, el sistema hizo lo mínimo que se esperaba de él: fue capaz de asegurar una respuesta oportuna frente a las demandas que el *estallido social* generó, respetándose el plazo de 24 horas para el control de detención; se mantuvo la autonomía e independencia de la Fiscalía, de la Defensoría y de la judicatura respecto del Poder Ejecutivo. Además, el control horizontal entre las instituciones continuó funcionando, los tribunales tuvieron sus puertas abiertas y, en general, la información recopilada muestra que los estándares de protección de derechos humanos no se rebajaron. Aumentaron las detenciones declaradas ilegales, las denuncias contra funcionarios policiales siguen en investigación por una Fiscalía objetiva, las Cortes de Apelaciones conocieron de más de 70 recursos de amparo y protección y no existen antecedentes, hasta la fecha, de aplicación de salidas alternativas masivas respecto de dichos funcionarios policiales implicados. Todas las personas detenidas fueron representadas por la Defensoría. Podría afirmarse, entonces, que el sistema de justicia penal fue capaz de seguir cumpliendo su rol durante el *estallido social* y la pandemia, asegurando los estándares de funcionamiento que se encontraban operando antes de la crisis política y sanitaria.

Pero ¿es esto suficiente? Está claro que los hechos vulneratorios de los derechos humanos acaecidos durante el 18 de octubre y los meses siguientes, algunos de los cuales mencionamos en la introducción de este documento, no responden a las características de la criminalidad común ni son acontecimientos típicos o de rutina. Se trata de delitos cometidos de manera masiva y repetida por agentes estatales, con graves consecuencias para la integridad psíquica, física e incluso la vida de las personas. Los delitos imputados a integrantes de las fuerzas de orden y seguridad en las querrelas del INDH, hablan de ojos perdidos, de penetraciones con objetos, de desnudamientos en centros policiales, de apremios ilegítimos y de tortura, desarrollados en gran medida por Carabineros. En este contexto, es esperable y exigible que los estándares de protección de derechos humanos no solo se mantengan, sino que se eleven, dando cuenta de la especial vulnerabilidad en que las víctimas de dichos delitos se encuentran y considerando a los presuntos autores de esos ilícitos. Con la información que hemos podido recabar, estamos en condiciones de afirmar que desde esta perspectiva el accionar del sistema de justicia penal hasta la fecha no ha sido suficiente, y

no se han garantizado, de manera clara y consistente, los estándares de protección de los derechos humanos.

Como se reportó, en general toda iniciativa en que se elevaron los estándares de protección de los derechos humanos en el contexto de violaciones masivas ocurrió por la decisión de las personas que conformaban las instituciones, más que por respuestas coordinadas de las mismas. Ya sea por la formación individual de algunos jueces y juezas en materia de derechos humanos, por afinidad política, o por la visión que ellos y ellas tienen de su rol como jueces de garantía, lo cierto es que su conducta durante el *estallido social* fue definida por decisiones individuales o colectivas entre partes, pero no organizada o dirigida a nivel institucional. Por ejemplo, no todos los jueces de garantía fueron a visitar los centros de detención, solo algunos juzgados de garantías crearon protocolos especiales para facilitar la recolección de denuncias, información y evidencia de parte de las personas detenidas. Asimismo, en cuanto al Ministerio Público, cada fiscalía regional determinó cómo debía organizarse y qué preferencia darle a la investigación de estos delitos, existiendo en algunos casos un trato privilegiado y en otros no. En lo que se refiere a la Defensoría, tal como indicó uno de nuestros entrevistados, “no llegó nada desde la nacional” y la reacción frente al *estallido* fue “a base de voluntad” de los mismos funcionarios.

Se observa entonces que, por diversas razones –algunas producto del diseño institucional, otras de cultura organizacional y una burocratización ya instalada de manera previa a la pandemia–, no hubo una respuesta centralizada y coordinada entre las instituciones del sistema para asegurar que los más altos estándares de derechos humanos se cumplieran para todos los casos derivados de esta particular situación.

Por lo anterior, y a la luz del deber de debida diligencia, este capítulo cierra manifestando una gran preocupación. De la información disponible se verifica que existen un total de 6.867 denuncias en que se atribuye a un agente estatal el haber realizado conductas atentatorias contra los derechos humanos. De ese universo, en 466 casos se encuentra una persona claramente individualizada como imputado. Finalmente, a septiembre de 2020, solo 28 causas han sido formalizadas, es decir, un 0,4% ha avanzado a un estado procesal superior.

Si bien esto puede responder a una decisión estratégica por parte de las fiscalías respectivas, tan bajo número resulta llamativo, ya transcurrido poco más de un año desde el inicio del *estallido*, y debe considerarse una señal de alerta en cuanto al progreso de dichas investigaciones.

Esta preocupación se basa en la interrogante de hasta qué punto el Ministerio Público y sus fiscalías regionales han privilegiado la investigación y persecución de las violaciones de derechos humanos derivadas del *estallido social*. En efecto, como se mencionó al hablar de la situación de la Fiscalía Centro Norte, si bien en dicha oficina se acumularon

las causas para la Fiscalía de Alta Complejidad, la misma directora de dicha unidad indicó que esto no ha significado que su carga de trabajo haya disminuido respecto de otros casos no ligados a la violación de derechos humanos, los cuales siguen vigentes.¹²² Asimismo, se nos indicó que en el momento previo a la pandemia contaron con un poco más de recursos económicos, pero que estos se acabaron a partir de marzo.

Queda entonces la interrogante, y la preocupación que la acompaña, de hasta qué punto el Ministerio Público ha dado a la investigación de estos casos la priorización que ameritan debido a que constituyen violaciones de derechos humanos.

Por todo lo anterior, se hacen las siguientes recomendaciones:

1. Es deber del Estado garantizar que las instituciones encargadas de la investigación de violaciones a los derechos humanos cuenten con los recursos humanos y materiales suficientes para cumplir con el estándar de debida diligencia. En este sentido, se debería dotar al Ministerio Público de mayores recursos humanos y materiales para que pueda gestionar esas causas y priorizar la investigación de esos hechos.
2. Asegurar que la investigación sea realizada por unidades que no comprometan la imparcialidad y objetividad requerida para el esclarecimiento de hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes estatales.
3. En particular, se debería dotar a la Policía de Investigaciones de Chile de los recursos necesarios para fortalecer su Brigada de Derechos Humanos y descentralizar su estructura. Esto, con el fin de priorizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes estatales, en el contexto del *estallido social*, tanto en la Región Metropolitana como en las demás regiones del país donde se constataron vulneraciones.
4. La Fiscalía Nacional debe colaborar en la gestión de recursos internos y en la coordinación de criterios comunes de actuación en las diversas fiscalías regionales, de manera que puedan destinar aquellos recursos que resulten necesarios para priorizar la investigación de estos hechos, de manera de asegurar una respuesta uniforme.
5. Las instituciones del sistema de justicia penal, a través de

122 La figura de la designación de un fiscal preferente fue igualmente tomada en la región del Bío Bío, pero tal como señaló la fiscal regional, “no puedo darle exclusividad, porque los números no me dan. Las causas de ese fiscal no se pueden dar a nadie más”, tratando de compensar esto mediante un mayor apoyo de la URUVIT y el establecimiento de mejores conexiones con el SML. Con todo, siempre se trata de la reingeniería de recursos no de más recursos o de recursos exclusivos. Entrevista del 16 de octubre de 2020.

organismos como la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, deben propender al establecimiento de un protocolo de actuación que permita la coordinación entre estas instituciones, ante hechos como los ocurridos durante el *estallido social*. Este tipo de instrumento debiera contener las bases mínimas para el registro, derivación, priorización de diligencias investigativas preliminares, requerimiento de información, así como otras medidas que permitan cumplir con el Protocolo de Estambul.

6. Adoptar las medidas que sean necesarias para que las diligencias de investigación pendientes puedan realizarse a la brevedad. Entre estas se incluyen las pericias del Servicio Médico Legal en el marco del Protocolo de Estambul, pero también aquellas a ser practicadas por parte de las policías.
7. En el marco de las modificaciones normativas que hoy se encuentran en discusión parlamentaria –para incorporar reformas al sistema de justicia y afrontar la alta carga de trabajo que se estima llegará post-pandemia–, buscar una manera de priorizar la judicialización de las investigaciones en materia de violaciones a los derechos humanos realizadas por agentes del Estado.

AMENAZAS A DEFENSORES Y DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS Y AMBIENTALES

Elsy Curihuinca¹

1 Este capítulo fue elaborado con el apoyo de las ayudantes Katherine Rubio e Isidora Castro. Mis sinceros agradecimientos por su excelente trabajo.

SÍNTESIS

El objetivo general de este capítulo es analizar y visibilizar la situación de los defensores y las defensoras de derechos humanos y ambientales en Chile –entre octubre de 2019 y agosto de 2020– a la luz de los estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, se identificarán las amenazas y obstáculos que las personas defensoras enfrentan cotidianamente, y que repercuten de forma negativa en la consolidación de la democracia chilena. A través de casos que ocurrieron antes y durante el *estallido social*, se dará a conocer el funcionamiento de las vías institucionales y los mecanismos jurídicos que han resultado insuficientes para disminuir las brechas existentes en relación con el cumplimiento de los estándares internacionales. Lo anterior, refleja la urgencia de la adopción de medidas destinadas al reconocimiento, fortalecimiento y protección de la existencia y la labor social de defensoras y defensores de los derechos humanos y ambientales.

PALABRAS CLAVES: personas defensoras de DDHH, amenazas y violaciones, estándares internacionales de derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda, las denuncias sobre violaciones de derechos humanos cometidas en Chile en el pasado forman parte de la memoria histórica de la sociedad y permiten comprender, desde distintas aristas, la articulación de los relatos del presente. Es de público conocimiento que la multiplicidad de demandas levantadas en el contexto del denominado *estallido social*, son de larga data y dicen relación con problemas estructurales no resueltos que fueron acrecentando el descontento social.² Estamos, en consecuencia, en una sociedad donde hay cada vez más personas involucradas en la defensa de los derechos humanos de diversos grupos, en respuesta a los distintos contextos sociales y políticos.

Asimismo, es sabido que existe una relación intrínseca entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. En paralelo al desarrollo del modelo económico extractivista chileno, personas y organizaciones defensoras de derechos humanos y ambientales han impulsado importantes procesos de resistencia frente a las actividades económicas que se ejecutan en sus territorios, demandando el respeto y garantía de sus derechos. Sin embargo, esa labor de defensa no está exenta de dificultades y desafíos, por eso, el reconocimiento, fortalecimiento y protección de las defensoras y defensores de derechos humanos y ambientales (en adelante, personas defensoras), es fundamental. Pese a ello, en Chile no existen mecanismos tendientes a propiciar el respeto y garantía de los derechos de estas personas. Esta situación, sumada a la falta de reconocimiento de la labor que realizan, los hace vulnerables y repercute, negativamente, en la consolidación de nuestra democracia.

En este contexto, el objetivo general de este capítulo es analizar y visibilizar la situación de derechos humanos de las personas defensoras en Chile, desde el *estallido social* en octubre de 2019 hasta agosto de 2020,

2 Algunos de estos temas estructurales no resueltos fueron abordados en el *Informe 2019*. Véase, Francisca Vargas y Lidia Casas, "Avances y desafíos para el respeto, promoción y protección de los derechos humanos en Chile", en Francisca Vargas (ed.), *Informe 2019*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2019, pp. 9-20.

a la luz de los estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. La metodología de investigación utilizada es de carácter cualitativo, y se llevó a cabo a través de una revisión bibliográfica exhaustiva de informes referidos a la temática de defensores de derechos humanos en Chile; de antecedentes expuestos en medios de comunicación (diarios, revistas, emisoras de radio, cadenas de televisión y páginas web en internet); así como de un análisis de los principios provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH.

El presente capítulo está estructurado en tres secciones.

En la primera, se define lo que se entenderá por “persona defensora de derechos humanos”, así como la importancia del trabajo que desarrollan para el fortalecimiento de la democracia en Chile. Esto permitirá contextualizar las secciones siguientes, atendiendo a los impactos individuales y colectivos que se producen cuando estas personas son amenazadas o vulneradas en sus derechos.

En el segundo apartado, se describen los principales estándares en materia de defensores de derechos humanos. Dichos estándares han sido elaborados con el fin de orientar a los Estados para la formulación y aplicación de medidas destinadas a garantizar los derechos humanos de las personas defensoras de manera que puedan desempeñar su función social. Esto puede servir de guía para el impulso de reformas legales o para diseñar políticas públicas nacionales en la materia.

En la tercera sección, se hace referencia a las diversas formas de violencia que enfrentan las personas defensoras de derechos humanos en Chile. Se analizan las principales brechas y obstáculos que existen en lo que se refiere al cumplimiento de los estándares internacionales existentes. En virtud de la gran cantidad de información disponible sobre este aspecto del problema, el presente capítulo solo hace referencia a algunas situaciones concretas, como una forma de ejemplificar el déficit en relación con dichos estándares. La información analizada en el capítulo no da cuenta de todos los eventos sobre los cuales se tuvo conocimiento.

El capítulo se cierra con las conclusiones y recomendaciones generales.

1. DEFINICIÓN DE DEFENSOR DE DERECHOS HUMANOS Y SU ROL EN LA DEMOCRACIA

Un defensor o defensora de derechos humanos es toda persona que, individual o colectivamente, actúa o desea actuar para promover, proteger o procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales a nivel local, nacional, regional o

internacional.³ De acuerdo con lo anterior, el criterio principal para definirlos es la actividad que estas personas realizan, incluyendo los operadores de justicia que contribuyen a la realización del acceso a la justicia, ya sea a través de la representación de una víctima, de la investigación, sanción y/o reparación de una violación, o impartiendo justicia en forma independiente e imparcial.⁴ En otros términos, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “(...) la calidad de defensor de derechos humanos radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público”.⁵

Esa función social se traduce en un necesario control ciudadano sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas.⁶ La actividad de muchas de estas personas consiste en ejercer presión sobre las autoridades y promover la realización de mayores esfuerzos por parte del Estado para cumplir las obligaciones internacionales que ha contraído al ratificar tratados internacionales de derechos humanos. En ese sentido, contribuyen a que se haga justicia a las víctimas y a acabar con las pautas de impunidad, evitando así violaciones futuras.⁷ De acuerdo con esto, las amenazas o violaciones producidas en contra de las personas defensoras de derechos humanos, no solo generan una afectación de tipo individual, sino que además tienen un impacto colectivo, pues debilitan su rol dejando al resto de la sociedad en un estado de mayor vulnerabilidad e incluso indefensión.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

Los estándares internacionales en materia de personas defensoras de derechos humanos se fundamentan en el principio de no discriminación, en virtud de cual los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que

3 Definición elaborada a partir de la información que consta en los siguientes informes: CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., 7 de marzo de 2006, Párr.13; y ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/73/215, 23 de julio de 2018, párr. 15.

4 CIDH, *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., 6 de diciembre de 2019, párr. 24.

5 Corte IDH, *caso Defensor de derechos humanos y otros versus Guatemala*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de agosto de 2014, párr. 129.

6 CIDH, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*, OEA-Ser. L/V-II., 31 de diciembre de 2015, párrs. 29-31; CIDH, *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II., 29 diciembre de 2017, párr. 24.

7 ACNUDH, *Sobre los defensores de Derechos Humanos*.

están sujetas a su jurisdicción.⁸ Asimismo, tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como en el Sistema Universal (ONU) se han desarrollado importantes estándares relacionados con el deber de los Estados de prevenir, proteger, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos perpetradas contra personas defensoras de derechos humanos. En el caso del sistema regional, los estándares se derivan de los precedentes y recomendaciones emitidas por la CIDH, ya sea de sus informes de casos, temáticos o de país, así como de las resoluciones de su mecanismo de medidas cautelares,⁹ y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Los estándares de la ONU, en cambio, emanan principalmente de la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, y de los informes temáticos. Los estándares emanados de ambos sistemas son complementarios, y se pueden resumir de la siguiente forma:

2.1 Protección de la vida, integridad y seguridad de las personas defensoras de derechos humanos.

La Constitución Política de la República de Chile asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.¹⁰ En este sentido, ninguna persona puede ser privada de su vida arbitrariamente. Además, este estándar se relaciona con el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida bajo el deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.¹¹

En relación con el alcance de las medidas, la Corte IDH ha señalado que se deben adoptar “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por

8 Constitución Política de la República de Chile, artículo 1º en relación con el artículo 19 inciso 2.

9 CIDH, *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II., 29 de diciembre de 2017, párr. 48-111.

10 Constitución Política de la República de Chile, artículo 1º.

11 Corte IDH, *caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 153; Corte IDH, *caso Escué Zapata versus Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de julio de 2007, párr. 40. Adicionalmente, ONU, *Informe del relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/74/159, 15 de julio de 2019, párr. 30.

sus consecuencias perjudiciales”.¹² En este contexto, los Estados deben prevenir razonablemente las amenazas, agresiones y hostigamientos en contra de defensoras y defensores de derechos humanos; investigar seriamente los hechos que sean puestos en su conocimiento; así como, en su caso, sancionar a los responsables y dar una adecuada reparación a las víctimas,¹³ independientemente de que los actos sean o no cometidos por agentes estatales o por particulares. Cabe señalar que este estándar incluye el deber de los Estados de mantener información estadística actualizada y confiable en relación con los actos de violencia en los cuales la víctima o presunta víctima sea defensora o defensor de derechos humanos, con el fin de establecer patrones de violencia y elaborar políticas públicas más eficientes de prevención.¹⁴

2.2 La prestación de garantías efectivas y adecuadas para asegurar que las personas defensoras de derechos humanos puedan llevar a cabo libremente sus actividades en defensa de los derechos humanos, eliminando los obstáculos existentes.

Los Estados deben garantizar el derecho de personas defensoras a defender derechos humanos, proporcionándoles los medios necesarios para que puedan realizar libremente sus actividades, otorgándoles protección cuando son víctimas de amenazas.¹⁵ Además, deben adoptar medidas dirigidas a erradicar violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; absteniéndose de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra.¹⁶ Al respecto, la Corte IDH ha indicado que la obligación de los Estados de garantizar derechos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sujetas a su jurisdicción, comporta la obligación de prevenir, dentro de la esfera privada, que terceras personas violen derechos legalmente protegidos.¹⁷

2.3 Creación de mecanismos nacionales especializados en la protección de las personas defensoras de derechos humanos, e implementar políticas integrales para su protección.

Los Estados deben elaborar e implementar políticas públicas de protección de las personas defensoras de derechos humanos, incluyendo medidas legislativas, institucionales, judiciales o administrativas, dirigidas a reducir los riesgos que enfrentan personas defensoras de derechos

12 Corte IDH, *caso Luna López versus Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10 de octubre de 2013, párr. 118.

13 Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 174.

14 CIDH, *Hacia una política integral*, op. cit., párr. 345.

15 ONU, *Informe del Relator Especial*, op. cit., párr. 20.

16 Corte IDH, *caso Luna López versus Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10 de octubre de 2013, párr. 123.

17 *Ibíd.* párr. 120.

humanos.¹⁸ Al respecto, la Corte IDH ha señalado los requisitos que deben ser incluidos en una política pública de protección, incluyendo la creación de un modelo de análisis de riesgo que permita determinar adecuadamente la vulnerabilidad y las necesidades de protección de cada defensor o grupo, el diseño de planes de protección que respondan al riesgo particular de cada persona defensora y a las características de su trabajo. Asimismo, promover una cultura de legitimación y protección de su labor, y la dotación de los recursos humanos y financieros suficientes para responder a las necesidades reales de protección que las personas defensoras tienen, entre otros requisitos.¹⁹

2.4 Elaboración de protocolos especializados de investigación que tengan en cuenta los riesgos inherentes a la labor de defensa de los derechos humanos.

Los Estados deben adoptar iniciativas para combatir las raíces de la violencia e implementar medidas efectivas para evitar la impunidad de los crímenes cometidos contra personas defensoras de derechos humanos. En este contexto, las medidas legislativas, políticas e institucionales deben incluir estudios de riesgos efectivos y la adopción de protocolos específicos dirigidos a las necesidades precisas de protección de cualquier persona que se encuentre en riesgo.²⁰ Asimismo, se deben establecer unidades especializadas de la policía y el ministerio público, con protocolos específicos de investigación, a fin de que actúen de manera coordinada y respondan con la debida diligencia a la investigación bajo la hipótesis de que el delito se cometió como represalia o a fin de impedir la labor de la persona defensora, contemplando la búsqueda de patrones que puedan conducir a la obtención de resultados.²¹

2.5 Protección de las y los operadores de justicia cuando su vida o integridad personal estén en riesgo, adoptar una estrategia efectiva e integral de prevención, desarrollar programas de protección especializados y realizar investigaciones exhaustivas e independientes.

Los Estados deben adoptar medidas para enfrentar la falta de garantía de la seguridad personal de las y los operadores de justicia frente a presiones externas, incluidas represalias dirigidas directamente contra la vida o integridad personal propia o de miembros de su familia; y que pueden afectar seriamente el ejercicio de la función judicial, obstaculizando el acceso a la justicia.²² Cabe señalar, que los ataques contra las

18 Corte IDH, *caso Defensor de Derechos Humanos y otros versus Guatemala*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de agosto de 2014, párr. 142. Adicionalmente, ONU, *Informe del Relator Especial*, op. cit., párr. 27.

19 *Ibid.* párr. 263.

20 CIDH, *Hacia una política integral*, op. cit., párr. 10.

21 CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II., 31 de diciembre de 2011, párr. 541.

22 CIDH.cl: "CIDH condena asesinato de jueza en Honduras", 30 de julio de 2013.

y los operadores de justicia debido a sus actividades, tienen consecuencias particularmente serias debido a que infunden miedo no solamente en la víctima, sino que puede extenderse a otros operadores y a la sociedad, propagando el efecto amedrentador y provocando un sentimiento general de desconfianza en el sistema de justicia.²³

2.6 Evitar y responder a actos destinados a criminalizar indebidamente el trabajo realizado por personas defensoras de derechos humanos. Esto incluye reformulación de las leyes y políticas, cuya vaguedad o contenido permite la criminalización por su trabajo legítimo, con el fin de que se ajusten al principio de legalidad.

El deber de los Estados de evitar y responder a actos de criminalización del trabajo realizado por personas defensoras, se relaciona con el clima de hostilidad en el cual muchas de estas se desempeñan²⁴ y que, con frecuencia, son sujetas a procesos penales sin fundamentos, con el objetivo de obstaculizar sus labores e impedir que defiendan los derechos humanos o para deslegitimar sus causas.²⁵ Al respecto, la CIDH ha identificado que las principales formas de criminalización en contra de las personas defensoras de derechos humanos, incluyen la interposición de denuncias infundadas o basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad;²⁶ y la prolongación irrazonable de los procesos penales contra personas defensoras. Así, también, ha señalado que el mal uso de la ley penal usualmente ocurre en contextos de tensión o conflictos de interés para el Estado o para actores no-estatales, como es el caso de protestas.²⁷

2.7 Adoptar medidas especiales para asegurar la protección de los derechos de ciertos grupos de defensores y defensoras que se han visto sujetos, con mayor frecuencia, a este tipo de obstáculos por las causas que defienden o por el contenido de sus reivindicaciones.

El enfoque de protección del Estado hacia las personas defensoras debe mantener siempre presente la situación de aquellas que se encuentran en especial situación de riesgo. En efecto, “existen ciertos grupos de defensores y defensoras que se han visto sujetos con mayor frecuencia a este tipo de obstáculos por las causas que defienden o por el contenido de sus reivindicaciones, como ocurre en los contextos de defensa del derecho a la tierra y el medio ambiente por parte de líderes y lideresas indígenas y afro-descendientes, la defensa de derechos laborales por

23 CIDH, *caso Masacre La Rochela versus Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 79-81.

24 CIDH, *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II., 06 de diciembre de 2019, párr. 191-199.

25 CIDH, *Hacia una política integral*, op. cit., párr. 53.

26 CIDH, *Informe criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II., 29 de diciembre de 2017, 31 diciembre 2015, párr. 286.

27 CIDH, *Hacia una política integral*, op. cit., párr. 53.

parte de líderes y lideresas sindicales, la defensa de los derechos sexuales y reproductivos, así como la defensa de los derechos de las personas LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans)²⁸.

2.8 Abstenerse de hacer declaraciones o afirmaciones que estigmaticen o desacrediten a las defensoras y defensores de derechos humanos.

Los Estados no deben tolerar que sus autoridades cuestionen la legitimidad del trabajo de las personas defensoras y sus organizaciones. De acuerdo con ello, los oficiales públicos deben abstenerse de realizar declaraciones que estigmaticen a personas defensoras de derechos humanos, y de sugerir que las organizaciones de derechos humanos actúan incorrecta o ilegalmente, solo por el hecho de participar en la promoción y protección de esos derechos. Conforme a lo anterior, los Estados deben dar instrucciones precisas a sus oficiales en este sentido, y deben imponer sanciones disciplinarias o de otro tipo a quienes no cumplan con dichas instrucciones.²⁹

2.9 Reconocer la importancia del trabajo ejercido por las personas defensoras de derechos humanos.

Los Estados deben reconocer públicamente que proteger y promover los derechos humanos son acciones legítimas, y que las/os defensoras/es de derechos humanos fortalecen el estado de derecho y ayudan a aumentar los derechos y garantías para todas las personas.³⁰ Asimismo, los Estados deben impulsar actividades de educación y diseminación dirigidas a todos los agentes del Estado, el público en general y los medios de comunicación, promoviendo la importancia y validez del trabajo de las personas que defienden los derechos humanos y de sus organizaciones.³¹

28 CIDH, *Informe Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II., 29 de diciembre de 2017, 31 diciembre de 2015, párr. 5. A modo de ejemplo, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la situación específica de las mujeres defensoras de derechos humanos en Colombia, estableciendo que estas se encuentran en situación generalizada y sistemática de inseguridad y violencia en su contra, además de estar sujetas a un riesgo incrementado para su integridad personal y sus vidas, y las de sus familias, así como la habilidad para llevar adelante su trabajo. Corte IDH, *caso Yarce y otras versus Colombia*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de noviembre de 2016, párrs. 91 y ss.

29 CIDH, *Hacia una política integral*, op. cit., párr. 345 y ss.

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.* Adicionalmente, ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/73/215, 23 de julio de 2018, párr. 28.

2.10 Prevenir violaciones de derechos humanos e investigar tales violaciones con debida diligencia. Esto incluye la obligación transversal de investigar, esclarecer, procesar y sancionar los delitos cometidos en contra de las personas defensoras.

Los Estados deben garantizar que las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos en contra de las personas defensoras agoten todas las líneas lógicas de investigación. Esto exige que se considere la complejidad de los hechos, el contexto en que estos ocurrieron y los patrones que explican su comisión, asegurando que no haya omisiones en la recabación de la prueba ni durante el seguimiento de líneas lógicas de investigación.³² En este sentido, la Corte IDH ha establecido que la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el objetivo que se persigue.³³ Cabe señalar que la impunidad es una de las causas que posibilita la continuidad de los actos de hostigamiento, ataques y asesinatos en contra de las personas defensoras, generando además un efecto amedrentador e intimidatorio que disminuye la libertad del resto de su grupo o entorno social de ejercer ese derecho.³⁴

Expuestos los principales estándares internacionales relacionados con las personas defensoras de derechos humanos (que incluyen a los y las defensoras del medio ambiente), a continuación, se desarrollarán las principales brechas y obstáculos identificados en el periodo que va desde octubre de 2019 a agosto de 2020.

3. BRECHAS Y OBSTÁCULOS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE

A continuación, se mencionarán las principales brechas existentes en Chile en relación con los estándares internacionales sobre personas defensoras de derechos humanos. Los hechos descritos, en primer lugar, dicen relación con algunos de los principales casos de defensa de derechos humanos desarrollados antes del denominado *estallido social*, relativos a la problemática ambiental. Los efectos nocivos en la población asociados a la contaminación atmosférica, a la escasez y contaminación de los recursos hídricos, a la pérdida, degradación y contaminación del medioambiente; así como el daño provocado a la biodiversidad,

32 Corte IDH, *caso de la Masacre de La Rochela versus Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 158.

33 Corte IDH, *caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10 de marzo de 2005, párr. 83; Corte IDH, *caso Albán Cornejo y otros versus Ecuador*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, párr. 62.

34 Corte IDH, *caso Huilca Tecse versus Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 78. Adicionalmente, ONU, *Informe del Relator Especial*, op. cit., párr. 20.

entre otros factores, han ido tomando cada vez mayor protagonismo en la agenda de diversas organizaciones y actores sociales locales. Ellos luchan por una adecuada calidad ambiental, denunciando a nivel nacional e internacional la falta de respuesta del Estado y, por lo mismo, son los que mayor riesgo experimentan.

Por otro lado, también se hará referencia a la situación de derechos humanos de las personas defensoras durante el *estallido social* o incluso en el contexto de la pandemia (Covid-19), poniendo énfasis en algunas de las amenazas y agresiones experimentadas por ellas, que reflejan el clima de hostilidad permanente en que continúan trabajando. En este sentido, se reitera que, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, la calidad de defensor o defensora de derechos humanos se define explícitamente por la labor que estas personas realizan, esto es, la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales.³⁵

Cabe señalar que las brechas identificadas son solo algunas de todas las que fueron estudiadas. Asimismo, las categorizaciones realizadas son solo referenciales pues todas están conectadas y deben ser comprendidas desde un enfoque interseccional.

3.1 Falta de mecanismos nacionales especializados para la protección de las personas defensoras de derechos humanos, e implementación de políticas integrales para su protección.

Las personas defensoras de derechos humanos en Chile no cuentan con mecanismos de protección ni con políticas integrales que les permitan ejercer de forma segura sus labores de defensa de los derechos humanos. Si bien la Ley 20.885 establece algunas de las materias que el Programa Nacional de Derechos Humanos debe abordar (PNDH),³⁶ esto no compensa la falta de mecanismos dirigidos a garantizar el respeto

35 CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser. L/V/II., 7 de marzo de 2006, Párr.13 y ONU, *Informe del Relator Especial*, op. cit., párr. 15.

36 Tales como: la promoción de la investigación, sanción y reparación de los crímenes de lesa humanidad y genocidios, y crímenes y delitos de guerra, en especial, según correspondiere, aquellos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990; la preservación de la memoria histórica de las violaciones a los derechos humanos; la promoción de la no discriminación arbitraria, de conformidad con la normativa nacional e internacional vigente; la promoción de la educación y formación en derechos humanos, en los niveles de enseñanza parvularia, básica, media y superior, así como en los programas de capacitación, formación y perfeccionamiento de todas las autoridades y funcionarios de los órganos del Estado, incluidos el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y las municipalidades; y la promoción del cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, dictadas en virtud del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos. *Plan Nacional de Derechos Humanos*, pp. 14-15.

y garantía de las personas defensoras, particularmente, por su enfoque temporal restringido.

Por otra parte, tampoco existen protocolos dirigidos al reconocimiento y la protección específica de la labor que estas personas realizan. Frente a amenazas o vulneraciones a sus derechos humanos, las y los defensoras/es solo disponen de los canales de denuncias generales que están disponibles para todos los ciudadanos, tales como la posibilidad de efectuar las denuncias correspondientes ante las instituciones habilitadas para ello, la interposición de recursos de acciones de amparo o protección, la presentación de querrelas o demandas civiles por indemnización de perjuicios, entre otras.

Todas las medidas señaladas se vuelven ineficientes en tanto están sometidas al conocimiento de la justicia ordinaria que, ante la ausencia de un instrumento legal específico (nacional) que regule la situación de las personas defensoras de derechos humanos, no incorpora los estándares internacionales en la materia, desconociendo los riesgos inherentes a la labor de defensa de los derechos humanos. Esta situación, sumada a las escasas facultades con que cuentan los organismos nacionales de derechos humanos en Chile, develan el incumplimiento del Estado en relación con su deber de establecer y mantener instituciones de derechos humanos a nivel interno que hagan efectivos los derechos. En este contexto, las personas defensoras están permanentemente expuestas a diversas amenazas y vulneraciones de sus derechos humanos. A continuación, se describirán algunos ejemplos.³⁷

El primer caso, dice relación con las labores de defensa realizadas en zonas de sacrificio ambiental.³⁸ En agosto de 2018, se registró el primer episodio de contaminación que desencadenó un gravísimo desastre ambiental³⁹ en la zona de Quintero, Puchuncaví y Ventanas, territorio donde existen cerca de 17 empresas industriales, algunas de las cuales trabajan con gases y químicos. Producto de dicha catástrofe se iniciaron fuertes movilizaciones ciudadanas que exigieron la paralización del cordón industrial.⁴⁰ Durante 2019, ocurrieron importantes

37 Los casos presentados fueron seleccionados por estar relacionados con grupos de defensores y defensoras que se han visto sujetos con mayor frecuencia a obstáculos por las causas que defienden o por el contenido de sus reivindicaciones. Se trata de casos que han sido expuestos con gran notoriedad pública durante el periodo analizado.

38 Se utiliza el término “zona de sacrificio” para hacer referencia a aquellos lugares que concentran una gran cantidad de industrias contaminantes, y que suelen estar ubicadas cerca de las comunidades más pobres o vulnerables. Oceana Chile, *Zonas de Sacrificio*, sin fecha, www.chileoceana.org

39 Ladera Sur.cl: “Las claves para entender el desastre ambiental en Quintero y Puchuncaví”, 29 de agosto de 2018.

40 INDH.cl, “INDH solicita informe al Poder Judicial a un año del histórico fallo por la contaminación en Quintero Puchuncaví”, 28 mayo de 2020; Alerta Noticias: “Defensoría Ambiental recurre a la Corte de Apelaciones de Valparaíso para resguardar los derechos de la población de Quintero y Puchuncaví”, 13 de julio de 2020.

iniciativas impulsadas por defensores y defensoras del medio ambiente, entre las cuales destaca una audiencia pública ante la CIDH en la que se denunciaron las consecuencias de la actividad industrial sobre el derecho a la salud en Chile, la aprobación desmedida de proyectos de industrias contaminantes, la escasa e insuficiente fiscalización por parte del Estado y, en definitiva, la injusticia ambiental que tiene lugar en esos territorios.⁴¹

En este contexto, y demostrando el importante rol de las mujeres en los distintos espacios de defensa de los derechos humanos, la vocera de la organización denominada “Mujeres zona de sacrificio Quintero-Puchuncaví en resistencia”, denunció públicamente haber sido víctima de amenazas.⁴² Según declararon otras integrantes de la misma organización, este tipo de intimidaciones habría sido experimentada por diversas mujeres, las que debido a los hostigamientos tuvieron que abandonar la zona.⁴³ Cabe agregar que las labores de defensa de esta organización han continuado en el contexto de la pandemia de Covid-19. Según sus declaraciones, durante los últimos meses se han observado varios peak de contaminación, lo que evidenciaría –señalan– la falta de fiscalización.⁴⁴

Por otro lado, la crisis hídrica también ha sido un importante tema en la defensa de derechos humanos y ambientales. Como es sabido, la provincia de Petorca, es una de las más importantes en la producción de palta tipo Hass de exportación, un fruto cuyo árbol demanda enormes cantidades de agua.⁴⁵ Desde hace varios años, la organización Movimiento de defensa por el acceso al agua, la tierra y la protección del medioambiente (MODATIMA) y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), han venido denunciando la compleja situación de escasez hídrica que afecta esa localidad. Al respecto, el INDH ha señalado que los órganos del Estado no han desarrollado las acciones de priorización necesarias para asegurar a los habitantes de la provincia el suficiente abastecimiento del recurso hídrico para el consumo humano sobre la función productiva.^{46, 47}

41 Defensoría Ambiental.cl: “Las ‘zonas de sacrificio ambiental’ en la mira de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 18 de febrero de 2019.

42 Observatorio de Género y Equidad.cl: “Mujeres en zona de sacrificio resistiendo al COVID-19”, 26 de mayo de 2020.

43 *Ibid.*

44 El Desconcierto: “Katta Alonso, vocera de la Agrupación de Mujeres en Zona de Sacrificio, llama a cerrar termoeléctricas en Quintero-Puchuncaví durante pandemia”, 24 de abril de 2020; CNN.cl: “Quintero registra nuevo peak de SO2 en medio de la pandemia: MMA pide a empresas reducir las emisiones”, 7 de abril de 2020; Observatorio de Género y Equidad, *op. cit.*

45 Ciperchile.cl: “La Naturaleza política de la sequía en Petorca”, 27 de abril de 2018.

46 INDH, *Actualización de Informe Misión de Observación Provincia de Petorca*, diciembre 2018, p. 10.

47 *Ibid.* p. 28.

Cabe señalar que este problema además fue abordado en el *Informe 2017*, publicación en que se analizaron los deberes del Estado chileno en relación con los problemas de sequía, y el caso de la provincia de Petorca fue latamente expuesto.⁴⁸

Dentro de este conflicto por la escasez hídrica, Rodrigo Mundaca, vocero de MODATIMA ha denunciado que, desde 2017, ha sido víctima de amenazas de muerte y amedrentamiento.⁴⁹ Es preciso mencionar que este defensor ha sido catalogado como “blanco de interés” en el informe filtrado de Carabineros en octubre de 2019.⁵⁰ Por esta razón, MODATIMA junto a la ONG Defensoría Popular presentaron un recurso de amparo en favor del defensor.⁵¹ Sin embargo, este recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones y ratificado por la Corte Suprema. Según las consideraciones de la Corte de Apelaciones, “no se observa una medida adoptada por la autoridad que amenace o perturbe la libertad personal o seguridad individual de los amparados”.⁵²

Al cierre de este capítulo, la administración del presidente Piñera tomó la determinación de no ratificar el Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) aduciendo, entre otras razones, que el tratado contiene normas que podrían ser interpretadas como autoejecutables y otras que podrían generar debate sobre su aplicación en virtud del control de convencionalidad, lo que, entre otros efectos, generaría una creciente judicialización de los procedimientos ambientales.⁵³ Es preciso mencionar que este Acuerdo tiene por objeto luchar contra la desigualdad y la discriminación y garantizar los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. Este es el primer instrumento vinculante en el mundo que incluye disposiciones específicas sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Entre otros temas, establece que los Estados deben garantizar un entorno seguro y propicio

48 Matías Guiloff, “El derecho al agua como un derecho humano: el caso de la provincia de Petorca”, en Tomás Vial (ed.). *Informe 2013*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 255-282.

49 Amnistía Internacional.cl: “Amnistía Internacional declara que defensores del agua de Petorca están en riesgo y emite acción urgente internacional”, 07 de abril de 2017; MODATIMA.cl: “Amnistía Internacional Chile junto a MODATIMA sostienen audiencia Fiscal Regional de Valparaíso”, 07 de junio de 2018.

50 Interferencia.cl: “Pacoleacks: Estos son los nombres y organizaciones que han sido vigiladas por Carabineros en los últimos meses”, 11 de noviembre de 2019.

51 El Mostrador.cl: “MODATIMA interpone recurso de amparo contra general director de Carabineros por colocar a Rodrigo Mundaca como ‘Blanco de interés’”, 04 de noviembre de 2019; CNN.cl: “Denuncian que Rodrigo Mundaca (MODATIMA) recibió amenazas de muerte”, 14 de octubre de 2019.

52 Diario U de Chile.cl: “Dirigentes sociales lamentan rechazo a recurso de amparo por espionaje de Carabineros”, 11 de febrero de 2020.

53 El Mostrador.cl: “Los cuatro argumentos del gobierno para no firmar el Acuerdo de Escazú: ‘Expone a Chile a controversias internacionales’”, 22 de septiembre de 2020.

para que estas personas puedan actuar sin amenazas, sin restricciones ni inseguridad. Asimismo, dispone que los Estados deben adoptar medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos y ambientales (incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente); y que deben tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los y las defensores/as puedan sufrir.⁵⁴ Por ello, la negativa de ratificarlo, por parte de Chile, es tan preocupante.

Por otro lado, en el contexto del *estallido social*, organizaciones históricas ligadas a la promoción y defensa de derechos humanos, como Amnistía Internacional, organizaciones gremiales, profesionales, grupos de estudiantes de las diversas facultades de derecho del país, estudiantes de medicina y, en general, colectividades muy diversas, se organizaron en la defensa y promoción de derechos humanos. Sus experiencias dan cuenta de la situación en que se encontraron durante y después del *estallido social*. Cabe destacar el caso de la directora de Amnistía Internacional en Chile, Ana Piquer, que en noviembre de 2019 denunció públicamente que había recibido amenazas de muerte en su correo electrónico.⁵⁵ Esta situación fue descrita en informes emanados del INDH⁵⁶ y el Alto Comisionado de la ONU,⁵⁷ a propósito de las labores de monitoreo y observación de la situación de derechos humanos del país que realizaron durante el “*estallido social* del 18 de octubre” de 2019. Ambos documentos se refieren a este caso ilustrando la afectación de derechos que sufre el grupo específico de defensores y defensoras de derechos humanos.

Una abogada, en la ciudad de Antofagasta, reporta que el trato recibido en comisarías fue distinto al de los colegas varones, mucho más rudo e irrespetuoso. En un caso reportado en Coquimbo, una abogada de ABOFEM –Asociación de Abogadas Feministas– fue denunciada por Carabineros a su empleador, a la Fiscalía, a la Contraloría General de la República y a la Corte de Apelaciones de La Serena por un supuesto trato irrespetuoso a la policía y haberse hecho pasar por abogada del INDH. La causa de las denuncias resultó ser falsa, ya que ella cumplía la labor de atención a detenidos en comisarías fuera de su horario laboral. A raíz de las denuncias fue despedida y luego de una

54 Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, Artículo 9.

55 El Desconcierto.cl: “Directora de Amnistía Internacional Chile denuncia que fue amenazada de muerte”, 26 de noviembre de 2019.

56 INDH, *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social*, p. 68.

57 OHCHR, *Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre a 22 de noviembre de 2019*, párr. 112.

demanda de tutela por despido injustificado alcanzó un acuerdo con su empleador del sector público. La abogada interpuso, además, un recurso de protección en contra de Carabineros el que fue acogido y confirmado por la Corte Suprema.⁵⁸

Adicionalmente, cabe mencionar las graves vulneraciones de derechos humanos cometidas por agentes de las fuerzas de orden y seguridad pública en contra de las personas defensoras que integran órganos autónomos de derechos humanos. Según establece el Informe del Alto Comisionado de la ONU, el personal del INDH estuvo sujeto a restricciones en su trabajo de monitoreo y, en algunos casos, informó de represalias por parte de las fuerzas de seguridad (incluyendo insultos o amenazas).⁵⁹ También, se señala que la policía golpeó a un camarógrafo del INDH mientras caminaba de regreso a casa después de una manifestación, y que, pese a haberse identificado dos veces como personal del INDH, fue golpeado con bastones/lumas en la cabeza, las manos y las nalgas. En otro caso, se indica que un miembro del personal de INDH, a pesar de estar debidamente identificado, recibió siete disparos de perdigones en su espalda y piernas mientras estaba monitoreando una protesta en Santiago.⁶⁰ Por otra parte, el INDH informó que funcionarios de ese organismo enfrentaron restricciones para acceder a los vehículos en los que mantenían detenidas a personas y que fueron insultados por miembros de la policía.⁶¹

Finalmente, resalta el caso de Izkia Siches, presidenta del Colegio Médico (COLMED), que producto del rol que ejerce, ha sido víctima de hostigamientos y amenazas de violación y muerte.⁶²⁻⁶³ En

58 Corte de Apelaciones de La Serena, Fuentes con Carabineros de Chile, rol 3915-2019, y rol 14922-2020 de la Corte Suprema. Comunicación personal con la afectada, 17 de octubre de 2020.

59 OHCHR, op. cit., párr. 111.

60 Cabe señalar que, en relación con los disparos de perdigones a un funcionario del INDH al momento de monitorear una manifestación, la diputada Paulina Núñez (RN) se refirió al hecho como un montaje realizado por el funcionario. Lo anterior, a pesar de existir registro audiovisual y partes médicos que daban cuenta de la vulneración. Claramente, los dichos de la diputada atentan contra el estándar referido a la necesidad de "Abstenerse de hacer declaraciones o afirmaciones que estigmaticen o desacrediten a las defensoras y defensores de derechos humanos". El Desconcierto.cl: "Diputada RN cuestiona denuncia de observador herido del INDH: 'No pueden ser parte de un montaje'", 30 de octubre de 2019.

61 Ibid.

62 BioBiochile.cl: "Te vamos a degollar y violar": envían amenaza de muerte al correo de presidenta del Colegio médico", 23 de abril de 2020; CNN.cl: "Colegio Médico interpondrá querrela tras 'amenaza de muerte y violación' de Izkia Siches", 23 de abril de 2020.

63 Cabe señalar que los presuntos autores se encuentran en proceso de investigación y en septiembre del presente se decretaron medidas cautelares en su contra. Véase: BioBiochile.cl: "Dos detenidos por amenazas de muerte contra Izkia Siches a través de e-mail y redes sociales", 18 de agosto de 2020; Colegio Médico de Chile.cl: "Tribunal decreta medidas cautelares contra los tres imputados contra Presidenta del Colegio Médico de Chile", 16 de septiembre de 2020.

efecto, desde los inicios de la pandemia de Covid-19 la profesional ha planteado una serie de preocupaciones y demandas sustantivas relacionadas con el acceso a la salud, entre otras, la falta de elementos de protección para el personal sanitario, la insuficiente capacidad de atención para pacientes críticos, la falta de testeos; así como las condiciones sociales requeridas para que la ciudadanía pueda cumplir con el confinamiento en domicilio y la necesidad de mayor transparencia en la trazabilidad de los casos.⁶⁴ Este escenario, de permanente exposición, cuestionamiento e incluso de denostación pública,⁶⁵ en virtud del cargo que ocupa, es un reflejo de la importancia y complejidad de su tarea como defensora.

3.2 Falta de protocolos, normas y procedimientos especializados de investigación que tengan en cuenta los riesgos inherentes a la labor de defensa de los derechos humanos.

Los casos de vulneraciones descritos anteriormente han sido denunciados ante las instituciones habilitadas para recibir denuncias sobre violaciones de los derechos humanos (Defensoría de la Niñez, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Policía de Investigaciones, Ministerio Público y Carabineros de Chile), quedando evidenciada la falta de mecanismos e instrumentos especializados que les permitan accionar de manera diferenciada cuando se trata de personas defensoras,⁶⁶ y considerando el impacto colectivo de su labor. Así, ninguna de las instituciones recién mencionadas dispone de protocolos especiales de investigación o de recepción de denuncias que protejan a las personas defensoras cuando realizan denuncias, ya sea cuando ellos mismos han sido objeto de presuntas violaciones o en representación de terceros cuando sus derechos humanos han sido vulnerados.

Al respecto, una medida para disminuir las falencias existentes en esta materia podría consistir en la modificación del artículo 308 del Código Procesal Penal, relativo a la protección de los testigos, con el fin de incorporar a las personas defensoras de derechos humanos. De ese modo, el rol social que estas personas ejercen podría ser considerado

64 El Desconcierto: "Izkiá Siches: 'La parte más dura de esta pandemia está recién empezando'", 06 de abril de 2020; *La Tercera*: "Izkiá Siches por plan de desconfinamiento: 'Hay que clarificar que hasta que no exista vacuna, no hay retorno a la normalidad como la conocíamos'", 08 de julio de 2020.

65 El Mostrador: "'Todas somos zorras ofendidas': la respuesta de 200 abogadas por los dichos del exdirector del SII, Ricardo Escobar, por tratar a Siches de 'zorra' y 'mona' en columna de opinión", 04 de junio de 2020. Diario UACH.cl: "Por qué la columna de Ricardo Escobar sobre Izkiá Siches puede considerarse misógina", 04 de junio de 2020.

66 A modo de ejemplo, véase artículo 3 N°5 Ley 20.405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos; artículo 4 letra b) Ley 21.067 Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez; y el artículo 83 del Código Procesal Penal en la letra f).

por el juez al momento de determinar si se trata de un caso “grave y calificado” que requiera de protección.⁶⁷

Por otro lado, en relación con el ámbito laboral y sindical,⁶⁸ las personas defensoras solo disponen de los mecanismos generales de denuncia de irregularidades, a través de los cuales pueden denunciar ante la Dirección del Trabajo las infracciones de que tengan conocimiento.⁶⁹ Si bien en el procedimiento de inspección se consagra el derecho a la confidencialidad de la denuncia (salvo excepciones),⁷⁰ además del fuero, no existe ninguna protección especial asociada al rol que ejercen, que sea eficaz frente a un eventual despido o el riesgo de no contratación en otra parte. Situación similar se produce respecto de los funcionarios públicos que denuncian irregularidades y faltas al principio de probidad que pueden ser muchas veces relacionadas con violaciones a los derechos humanos.⁷¹ En efecto, pese a existir el mecanismo de reserva de identidad consagrado en la Ley 20.205, este no cuenta con medidas adicionales comprensivas del rol que ejerce la persona defensora, y que garanticen la protección efectiva de su identidad.

Por otro lado, en el caso de las y los funcionarios/os de la administración del Estado que deseen hacer públicas sus denuncias e iniciar movilización, corren el riesgo de ser sumariadas/os y desvinculadas/os de las instituciones públicas donde trabajan. A modo de ejemplo, en 2018, funcionarios sindicalizados del Servicio Médico Legal denunciaron

67 En relación con este tema, cabe señalar que el actual Contralor General de la República (CGR), inició un sumario administrativo secreto en contra de los 7 oficiales generales de Carabineros imputándoles responsabilidad administrativa por hechos ocurridos desde el 18 de octubre en el contexto del *estallido social*. La formulación de cargos fue dada a conocer el 11 de septiembre y ha sido objeto de múltiples críticas desde el oficialismo, debido, entre otras razones, a que estaría actuando fuera del ámbito de su competencia, toda vez que no se encontraría dentro de sus facultades el control del orden público. Frente a estas acusaciones, la CGR ha sostenido que su actuación se enmarca en las facultades que le otorgan los artículos 98 de la Constitución y 133 de la Ley 10.336, señalando además que no se trataría de denuncias anónimas, sino que de 457 denunciante que prefirieron resguardar su identidad. El Dínamo: “*Estallido social*: Informan que Contraloría formuló cargos contra siete generales del Alto Mando de Carabineros”, 11 de septiembre de 2020; *La Tercera*: “*Contraloría defiende la legalidad de sumario a generales del ejército*”, 16 de septiembre de 2020.

68 Véase Judith Schönsteiner y otros, Estudio de Línea Base sobre empresas y derechos humanos, 2016, p. 54.

69 Contemplados en el artículo 42 del DFL 2 del 29 de septiembre de 1967. Algunos ejemplos en materia de irregularidades denunciadas por parte de los trabajadores ante la Dirección del Trabajo, son las siguientes: Cooperativa.cl: “*Guardia trabajó 46 días continuos sin luz, agua potable ni baño en empresa salmonera*”, 21 de abril de 2020; Aqua.cl: “*Puerto Montt: Inspección del Trabajo fiscaliza a procesadora de salmón*”, 28 de marzo de 2018.

70 Artículos 40 inciso 1 y 42 inciso 2 del DFL 2 de 1967 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y el artículo 55 letra H) de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

71 CIDH, *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser. L/V/II, 6 de diciembre de 2019, párrs. 157-162.
CIDH, *Segundo Informe*, op. cit., párr. 142.

malversación de fondos públicos y malos tratos al interior de ese organismo, por lo que exigieron la salida de las autoridades vinculadas a dichos actos. Tras diversas movilizaciones, se formularon cargos contra nueve trabajadores denunciantes.⁷² En marzo del presente, se hizo pública la notificación, con toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, donde se informó sobre la desvinculación definitiva de los funcionarios acusados de infringir el Artículo 84 letra i) del Estatuto Administrativo, que prohíbe el derecho a la sindicalización y a huelga.⁷³ Esta situación fue públicamente rechazada tanto por la Asociación Nacional de Funcionarios como por la Asociación Nacional de Trabajadores del Servicio Médico Legal. Al respecto, debe explicitarse que este tipo de actos amedrenta e infunde el temor en otros funcionarios que también deseen, individual o conjuntamente, hacer denuncias sobre amenazas y/o vulneraciones a los derechos humanos o a la probidad.

De ahí la importancia de fortalecer los mecanismos de denuncia y proteger la seguridad de las personas defensoras o, más aún, adecuar las leyes internas a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

3.3 Falta de actividades de educación y diseminación que promuevan el conocimiento sobre la importancia y validez del trabajo de las personas defensoras de derechos humanos.

De conformidad con el artículo 3 N°9 de la Ley 20.405, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) tiene por función difundir el conocimiento de los derechos humanos y favorecer su enseñanza en todos los niveles, incluyendo la formación impartida al interior de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública. Adicionalmente, esta misma atribución se consagra en el artículo 4 letra o) de la Ley 21.067 de la Defensoría de la Niñez y en el artículo 8 letra g) de la Ley 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos. Sumado a ello, el Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH o el Plan) no hace referencia específica a las personas defensoras de derechos humanos o ambientales, así como tampoco a capacitaciones o actividades de formación al respecto.

La insuficiencia e ineficacia de las actividades de capacitación y de formación periódica en materia de defensa de derechos humanos, son algunas de las brechas que fueron evidenciadas durante el *estallido social*, a propósito de la violencia que ejercieron las fuerzas policiales en

72 Emol.cl: "Justicia confirma expulsión a cuatro funcionarios del SML por fomentar tres días de huelga sin turnos éticos en 2018", 31 de julio de 2019.

73 Resumen.cl: "Destitución de dirigentes gremiales del SML, tras su participación en movilización marca grave precedente para el mundo sindical", 12 de marzo de 2020.

contra de manifestantes, e incluso en contra de funcionarios del INDH. Los actos violentos cometidos por Carabineros en contra de líderes y lideresas estudiantiles, funcionarios de la salud e incluso trabajadores del Instituto Nacional de Derechos Humanos,⁷⁴ entre otras acciones vulneratorias, dan cuenta de la brecha existente entre lo establecido en el PNDH y su implementación, lo que resulta extremadamente grave. Esas situaciones de violencia, condenables, demuestran la urgencia de que las fuerzas de orden y seguridad reciban el entrenamiento y las instrucciones precisas para actuar con la certeza de que su obligación es proteger a los participantes en una reunión pública o en una manifestación o concentración, en la medida que esas personas están ejerciendo un derecho. El Estado debe redoblar los esfuerzos tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad en base a los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, aun bajo estados de excepción.⁷⁵

3.4 Falta de protección de la vida, integridad y seguridad de las personas defensoras de derechos humanos.

Si bien este incumplimiento podría abordarse de diversas formas y en distintos tiempos, los hechos de violencia cometidos por las fuerzas de orden y seguridad en contra de manifestantes durante el *estallido social*⁷⁶ y personas defensoras de derechos humanos y ambientales,⁷⁷ evidencian de manera muy clara la falta de protección a la vida, a la integridad y la seguridad a que están expuestas las personas defensoras.

Un ejemplo de esto son los diversos casos de violencia ejercida en contra de líderes y lideresas del movimiento estudiantil. Por ejemplo, Valentina Miranda Arces, vocera de la Coordinadora Nacional de Estudiantes Secundarios (CONES) y militante de las Juventudes Comunistas de Chile, que participó activamente en el *estallido social*, en diversas oportunidades denunció ser víctima de hostigamientos y amedrentamientos por parte de Carabineros de Chile.⁷⁸ Según ha señalado públicamente, en una ocasión recibió el impacto de una bomba lacrimógena dirigida directamente a su hombro derecho, lo que le ocasionó diversas quemaduras en el cuerpo y, posteriormente, recibió el impacto detrás de su oreja izquierda de dos bombas lacrimógenas.

74 OHCHR, *Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre a 22 de noviembre de 2019*, párrs. 103-120.

75 CIDH, *Segundo Informe*, op. cit., párr. 142.

76 INDH, *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social*, pp. 23-65.

77 Diario U de Chile.cl: "Mujeres en zona de sacrificio denuncian amenaza de muerte en contra de fundadora", miércoles 9 de octubre de 2019.

78 RadioJGM.cl: "Persecución política: Dirigenta estudiantil presenta querrela contra carabineros por secuestro", 25 de octubre de 2019.

También, ha denunciado haber sido víctima de persecuciones e intimidaciones por parte de Carabineros.⁷⁹⁻⁸⁰ Debido a estas situaciones, Valentina Miranda presentó una querrela en contra de Carabineros por el delito de secuestro y persecución selectiva. La querrela actualmente se encuentra en tramitación.⁸¹ En este aspecto,⁸²⁻⁸³ se reitera la urgencia de que tanto esta como las otras gravísimas denuncias expuestas en el presente capítulo, se investiguen seria y eficazmente. Para esto se debe considerar el contexto de los hechos, así como la condición de las personas defensoras de las víctimas, combatiendo, de esta manera, la impunidad.⁸⁴

3.5 Criminalización y estigmatización del trabajo realizado por las personas defensoras de derechos humanos.

Resulta evidente que la criminalización de personas defensoras, por medio del uso indebido del derecho penal, obstaculiza la labor que ejercen, promoviendo un estigma colectivo y enviando un mensaje intimidatorio a quienes quieren denunciar o han formulado denuncias por violaciones a derechos humanos.⁸⁵

Por otra parte, la vigencia de figuras penales ambiguas, como las relativas al “atentado contra la autoridad” (artículos 261 a 266 del Código Penal), pueden seguir siendo utilizadas para criminalizar la protesta

79 Ibid.

80 Ibid.

81 El Desconcierto: “Vocera de la CONES presenta querrela por persecución y secuestro en contra de Carabineros”, 24 de octubre de 2019.

82 De acuerdo con información de público conocimiento, “Según un informe interno entregado el 30 de mayo a los consejeros del INDH, elaborado por el departamento jurídico de la misma institución en base a información proporcionada por el Ministerio Público, solo hay formalizados en un 0.9% de las querrelas presentadas por el organismo. Es decir, de las 2164 querrelas presentadas en todo Chile, hasta el 30 de mayo había 21 formalizados”. *La Tercera*: “Lapidario balance de las causas del *estallido social*: Solo 0.9% de las querrelas presentadas tiene formalizados”, 20 de agosto de 2020.

83 Por otro lado, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS) ha publicado cifras referidas a los ingresos de recursos de amparo constitucional y causas a los Tribunales de Garantía, aunque sin precisar los resultados de estos. De acuerdo con la información disponible, desde el 18 de octubre de 2019 hasta el 31 de enero de 2020, se ingresaron 3.116 recursos de amparo constitucional en las Cortes de Apelaciones. Adicionalmente, entre el 18 de octubre y el 10 de noviembre, ingresaron un total de 59.057 causas a los Tribunales de Garantía, de las cuales 7.442 (13%) corresponden a querrelas por robo en lugar no habitado (saqueos), 3.103 (5%) por desórdenes públicos, 201 (0%) por amenazas a carabineros y 15 por el delito de torturas. DECS, Base de datos en formato Excel, Recursos de Amparos Constitucionales (regulado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República), ingresados ante Cortes de Apelaciones entre los días 18 de octubre de 2019 y 31 de enero de 2020; DECS, Ingreso de Causas en Tribunales de Garantía. Periodo 18 de octubre al 10 de noviembre de 2019.

84 Corte IDH, *caso Huilca Tecse versus Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de marzo de 2005, párr. 78. Adicionalmente, ONU, *Informe del Relator Especial*, op. cit., párr. 20.

85 CIDH, *Informe criminalización*, op cit. párr. 79.

social y, además, el rol que ejercen las personas defensoras.⁸⁶ En este aspecto, es fundamental reiterar el deber del Estado chileno de adoptar medidas especiales para asegurar la protección de los derechos de ciertos grupos de defensores y defensoras que se han visto sujetos, con mayor frecuencia, a este tipo de obstáculos por las causas que defienden o por el contenido de sus reivindicaciones, como es el caso de personas indígenas y mujeres. Cabe recordar que en el *caso Norín Catrimán y otros versus Chile*, la Corte IDH consideró que en la fundamentación de las sentencias condenatorias nacionales se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley.⁸⁷ Pese a que en ese caso quedó establecida la responsabilidad internacional del Estado chileno, este tipo de condenables situaciones sigue ocurriendo –tal como quedó consignado en el *Informe 2018* a propósito del caso de la machi Francisca Linconao,⁸⁸ y en el *Informe 2019* en el marco de la denominada “Operación Huracán”⁸⁹ y los defensores de derechos humanos mapuche continúan siendo criminalizados.

Otra muestra de la condenable criminalización que experimentan las personas defensoras de derechos humanos, es la reciente denuncia presentada por Carabineros de Chile en contra de las cuatro integrantes del colectivo *Las Tesis* por “atentado contra la autoridad” y amenazas hacia la institución.⁹⁰ Las Tesis son conocidas internacionalmente por la *performance* “Un violador en tu camino”, interpretada por primera vez el pasado mes de noviembre en el Día Internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer. Desde entonces, la canción, con su estribillo “el violador eres tú”, ha sido utilizada en protestas por mujeres en todo el mundo. Debido a la denuncia interpuesta por Carabine-

86 En relación con este punto, en el *caso Palamara Iribarne versus Chile*, la Corte IDH se pronunció expresamente sobre la ambigüedad de los tipos penales en que el sujeto pasivo es una autoridad, señalando que: “(...) el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”. Corte IDH, *caso Palamara Iribarne versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 92.

87 Corte IDH, *caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes miembros y activista del pueblo indígena mapuche) versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 421.

88 Antonia Rivas, “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Chile”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 135-168.

89 Antonia Rivas, “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Chile”, en Francisca Vargas (ed.), *Informe 2019*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 157-191.

90 Ambos delitos están regulados en los artículos 261 y 296 del Código Penal. *La Tercera*: “La ofensiva de Carabineros contra ‘Las tesis’ ante la Fiscalía: Acusa incitación de acciones violentas contra la institución”, 16 de junio de 2020; El Mostrador.cl: “Demanda a Las Tesis como represión a la expresión artística de la marginalidad”, 24 de junio de 2020.

ros, ONU-ACNUDH emitió un comunicado público señalando que “Chile debería retirar los cargos criminales contra un grupo feminista de defensoras de derechos humanos cuyo arte escénico ha inspirado a las mujeres que protestan en todo el mundo”. En este comunicado, se reconoce el rol clave que han tenido en la denuncia de la violencia policial y la violencia contra las mujeres en Chile y se explicita que no deben ser perseguidas por ejercer sus libertades de expresión y de reunión pacífica.⁹¹

También resulta muy ilustrador el caso del lonko Alberto Curamil, defensor de derechos indígenas y ambientales cuya batalla se remonta a 2010, cuando se opuso a la construcción de los proyectos hidroeléctricos Alto Cautín y Doña Alicia en el río Cautín que, de haberse concretado, habrían desviado más de 500 millones de galones de agua (1.892.500.000 litros) diariamente. Esa lucha se tradujo en la “(...) persecución, el encarcelamiento y las demoras en el inicio del juicio a Alberto Curamil como una expresión más de la criminalización estatal contra quienes amenazan los intereses del Estado, particularmente sus potenciales proyectos de inversión”.⁹² Recientemente, el lonko ha denunciado que continúa siendo víctima de hostigamientos y violencia policial,⁹³ lo que hace más grave y extremadamente crítica su situación como defensor.

Por último, cabe mencionar que actualmente se encuentra en tramitación (sin urgencia) un proyecto de ley⁹⁴ destinado a modificar el Código Penal, y cuyo objetivo es agravar las penas asignadas a los delitos de amenazas, homicidio calificado, homicidio simple y lesiones corporales, cuando su perpetración haya sido motivada por la calidad de dirigente social de la víctima o por su ideología u opinión política.⁹⁵ Si bien este proyecto podría llegar a constituir un avance en la materia, es insuficiente para disminuir las brechas de cumplimiento de las obligaciones internacionales existentes en lo que se refiere a personas defensoras. Lo anterior, debido, al menos, a dos razones. En primer lugar, porque solo hace referencia a los “dirigentes sociales” y

91 ACNUDH: “Chile debe retirar cargos criminales contra un grupo artístico feminista-Especialistas ONU”, 24 de agosto de 2020.

92 Miguel Melín y Magdalena Ugarte, “Violencia, castigo y boicot: la escalada de criminalización contra el Lonko Alberto Curamil en Chile”, *Violencias contra líderes y lideresas defensores del territorio y el ambiente en América Latina*, Lasa Forum Dossier, pp. 36-40.

93 El Desconcierto.cl: “Lonko Alberto Curamil acusa detención arbitraria y golpes de carabineros en Curacautín”, 4 de abril de 2020.

94 Proyecto de Ley “Modifica el Código Penal para agravar las penas asignadas a los delitos que indica, cuando su perpetración sea motivada por la calidad de dirigente social de la víctima, o por su ideología u opinión política”. Boletín 12.926-07. Proyecto presentado por los diputados Boris Barrer, Diego Ibáñez y Víctor Torres. Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional (sin urgencia).

95 Al respecto, también serían aplicables los artículos 2 y 3 de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, más conocida como “Ley Zamudio”.

no a las personas defensoras en general (cuya labor puede abarcar un espectro mucho más amplio de roles). En segundo lugar, porque la definición de “dirigente social” que ahí se establece solo se circunscribe a las labores desempeñadas por los dirigentes en el marco de las organizaciones comunitarias funcionales o territoriales, establecidas en la ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, excluyendo, en consecuencia, a otros tipos de organizaciones sociales que también pueden ejercer actividades de defensa de derechos humanos.

3.6 Falta de financiamiento del trabajo realizado por las personas defensoras de derechos humanos.

La falta de dotación de recursos humanos y financieros para responder a las necesidades reales de protección de las personas (individuales y colectivas) defensoras de derechos humanos, es un aspecto crítico en Chile. Tanto los órganos nacionales de derechos humanos creados por el Estado, como las organizaciones de la sociedad civil, deben lidiar permanentemente con el escaso presupuesto para concretar sus diversas actividades, lo que las mantiene en un estado permanente de incertidumbre. En otros términos, no cuentan con ingresos estables que les permitan financiar sus actividades operacionales hasta alcanzar los cambios sociales que hoy día impulsan.⁹⁶ Pese a ello, algunos de los fondos públicos a los cuales pueden acceder las ONG son de convocatoria estatal como, por ejemplo, el del Ministerio Secretaría General de Gobierno (SEGEGOB), denominado Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público (FFOIP).⁹⁷ Asimismo, también pueden postular al Fondo de Protección Ambiental creado por la Ley 19.300, que tiene como finalidad apoyar iniciativas ciudadanas y financiar total o parcialmente proyectos o actividades orientados a la protección o reparación del medio ambiente.⁹⁸

Respecto al INDH y la Defensoría de la Niñez, si bien se trata de organismos autónomos que reciben aportes estatales,⁹⁹ y pese a la trascendencia de su labor, no disponen de un financiamiento mínimo presupuestario.¹⁰⁰ Por otro lado, la Subsecretaría de Derechos Hu-

96 Ignacio Irrázaval y otros, *Un Nuevo Trato para las organizaciones de la sociedad civil. Desafíos y propuestas*, Centro UC Políticas Públicas, 2019, pp. 78-86.

97 Véase, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Fondo de fortalecimiento organizaciones de interés público, 2020.

98 DIPRES, Partida 25 Ministerio del Medio Ambiente. Contenido Proyecto de Ley Presupuesto para el año 2020.

99 DIPRES, Ley de Presupuestos 2020. Tesoro Público. Operaciones complementarias.

100 UNICEF, *Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un defensor de los derechos de la infancia para Chile*, pp. 39-40; ACNUDH, *Instituciones Nacionales de derechos humanos Derechos humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, 2010, p. 49.

manos que, como fue señalado, posee un Plan Nacional que no hace referencia a las personas defensoras de derechos humanos y ambientales, es la institución de derechos humanos que menos presupuesto fiscal recibe.^{101, 102}

No obstante, a pesar de las limitaciones presupuestarias descritas, personas y organizaciones de defensa de derechos humanos han tenido un rol fundamental en la defensa de dichos derechos antes, durante y después del *estallido social*, especialmente en lo relacionado con las denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado.

CONCLUSIONES

A lo largo de este documento se ha sistematizado y documentado la situación general de derechos humanos de las personas defensoras de derechos humanos y ambientales en Chile. A través de las diversas secciones, se establecieron hallazgos que permiten comprender la trascendencia de su rol, así como las amenazas y vulneraciones de derechos humanos de que son víctimas, lo que hace más urgente su reconocimiento, fortalecimiento y protección.

Por otro lado, además de visibilizar las brechas y obstáculos que estas personas enfrentan cotidianamente, se ha constatado la falta de reconocimiento legal de su existencia, así como la carencia de una política integral de protección. Pese a que existen instituciones de derechos humanos (algunas autónomas); un Plan Nacional de Derechos Humanos y un Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos, se mantienen las brechas en relación con los estándares internacionales. En otros términos, se ha constatado la violación de la obligación del Estado chileno de establecer y mantener instituciones de derechos humanos a nivel interno que hagan efectivos los derechos. Esta situación, repercute gravemente en la exposición permanente a amenazas y vulneraciones de los derechos humanos de los/as defensores/as. Por lo anterior, se hace un llamado al Estado a emprender acciones decididas para implementar los estándares internacionales existentes en materia de personas defensoras de derechos humanos en Chile.

101 DIPRES, Ley de Presupuestos 2020. Partida: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

102 No obstante, este año obtuvo un incremento de un 4,1% en los fondos en comparación a 2019. DIPRES, Contenido Proyecto Ley de Presupuesto para el año 2020. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

RECOMENDACIONES

Debido a las conclusiones anteriores, se recomienda al Estado la adopción de las siguientes medidas:

1. Reconocer formalmente la existencia y el trabajo de las personas defensoras de derechos humanos y el medioambiente, así como el rol que ejercen.
2. Diseñar una política pública integral de prevención y protección nacional de personas defensoras.
3. Elaborar protocolos especializados de investigación que tengan en cuenta los riesgos inherentes a la labor que estas personas realizan.
4. Prevenir y erradicar el uso o la adopción de leyes y políticas contrarias a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, como las relativas al “Atentado contra la autoridad”, (artículos 261 a 266 del Código Penal), cuando son usadas en contra de defensores/as.
5. Adoptar medidas urgentes para evitar procesos de criminalización en contra de personas defensoras.
6. Realizar un análisis de contexto y con enfoque interseccional para la adopción de medidas referentes al registro, evaluación y erradicación de las amenazas y vulneraciones de que son víctimas las personas defensoras.
7. Adoptar medidas efectivas para investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos cometidas contra personas defensoras de derechos humanos.
8. Fortalecer la coordinación entre los organismos nacionales de derechos humanos en materia de personas defensoras de derechos humanos y ambientales.
9. Implementar los estándares, recomendaciones y decisiones emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Universal.
10. Adoptar medidas específicas dirigidas a garantizar el acceso a la información, a la participación pública y a la justicia en materias medioambientales en Chile.

SALUD Y CRISIS SOCIAL EN CHILE: LA CONDUCTA DE LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA, LA REACCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD SECTORIAL Y LOS APORTES DE LA SOCIEDAD CIVIL

María Gabriela Valenzuela Robles ¹

1 Agradezco la invaluable colaboración de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Doria Gallardo y Nicolás Pérez, en la revisión y sistematización de la prensa y jurisprudencia nacionales.

SÍNTESIS

El presente capítulo utiliza los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) para abordar las dimensiones sanitarias de la crisis social, presente en Chile durante las últimas tres décadas, y agravada a partir del 18 de octubre de 2019. Reconociendo que el *estallido social* se vincula a desigualdades preexistentes que se manifiestan en el campo de la salud, el capítulo identifica cuatro áreas clave. La primera sección analiza el comportamiento de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, concentrándose en los efectos sobre la salud y la integridad física provocados por el uso de armamento menos letal por parte de Carabineros. En particular, se revisan los casos de trauma ocular severo ocasionados durante las tareas de control de orden público en distintas regiones del país; la falta de antecedentes sobre la composición del armamento policial, y las consecuencias sobre la salud del uso desproporcionado de carabinas lanzagases y escopetas antidisturbios. La segunda sección del capítulo está dedicada a la institucionalidad sectorial, con especial énfasis en la red pública de salud. Se analiza el acceso restringido a hospitales públicos y las graves deficiencias en el procedimiento de constatación de lesiones de las personas detenidas durante las protestas. En tercer lugar, se revisan las vulneraciones de derechos humanos sufridas por los miembros de la sociedad civil que han prestado atención de urgencia a través de brigadas sanitarias, identificando aquellos casos en que las policías han dificultado sus actividades. El capítulo concluye con una breve revisión de las medidas de reparación y garantías de no repetición implementadas hasta la fecha por el Estado chileno, junto a una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos a las dificultades experimentadas a causa de la pandemia.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la salud, crisis social chilena, institucionalidad sanitaria, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, sociedad civil.

INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA SALUD Y LA CRISIS SOCIAL CHILENA

Al pronunciarse sobre las recomendaciones recibidas durante el tercer ciclo del Examen Periódico Universal, la delegación encargada de representar al Estado chileno destacó, en junio de 2019, su “compromiso irrestricto con los derechos humanos”.² Una verdadera democracia, de acuerdo con la comprensión defendida ante la comunidad internacional, “no puede existir sin asegurar los derechos humanos de todos y todas”.³ Tres años antes, el relator especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos advertía, tras su visita al país, sobre los riesgos de un discurso alejado de las prácticas políticas e institucionales implementadas tras la recuperación de la democracia: “El Chile posterior a la dictadura ha adoptado con entusiasmo el lenguaje de los derechos humanos, pero aún queda mucho por hacer para poder decir que los derechos humanos son los cimientos sobre los que descansa la política social y económica. (...) Los derechos económicos, sociales y culturales se han de reconocer como derechos humanos en toda regla y no como meras cuestiones de política social”.⁴

La crisis social gatillada a partir del 18 de octubre de 2019 se fundamenta, precisamente, en el masivo rechazo a la distancia entre prácticas y discursos. El conflicto social ha develado las discrepancias entre el retrato de un Chile próspero, considerado un vecino ejemplar en la región latinoamericana,⁵ y un segundo país con carencias que contradicen esa imagen. Tras el 18-O se ha vuelto evidente la existencia de otro Chile, disimulado por favorables promedios estadísticos, que pareció soportar el peso de una desigualdad encajada en la

2 Consejo de Derechos Humanos, *Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por Chile, en el marco del tercer Examen periódico universal*, 25 de junio de 2019, párr. 3.

3 *Ibid.*, párr. 2.

4 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile*, 8 de abril de 2016, párr. 24.

5 La Tercera: “Piñera asegura que, ‘en medio de esta América Latina convulsionada, Chile es un verdadero oasis con una democracia estable’”, 8 de octubre de 2019.

sociedad chilena pese a la multiplicidad de planes y políticas sociales implementadas durante los últimos treinta años.

La salud ilustra esta paradoja, probablemente, mejor que ningún otro derecho. ¿Por qué razón un país con algunos de los mejores indicadores sanitarios de América Latina,⁶ se enfrenta a una crisis donde parte importante de los reclamos sociales apuntan hacia la salud?⁷ ¿Qué clase de experiencias fueron capaces de desatar un proceso como el surgido a contar del 18 de octubre?

Para responder estas preguntas debe tenerse presente, en primer lugar, la larga data de las desigualdades sanitarias que acompañan al sistema chileno. Durante su visita hacia fines de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos calificó los reclamos en torno a los derechos sociales, entre ellos la salud, como demandas históricas legítimas.⁸ Estas últimas se han concentrado en el sistema público de salud: cuestiones como la falta de insumos, el déficit crónico de especialistas y las extensas listas de espera han formado parte de la discusión pública desde hace al menos dos décadas.⁹ No obstante, los reclamos acerca del tratamiento desigual también han alcanzado durante años al sistema privado,¹⁰ siendo blanco de críticas la cobertura financiera, el alto costo de los planes o el tratamiento diferenciado de quienes son considerados más riesgosos por las aseguradoras privadas,

6 De acuerdo con la información proporcionada por el Banco Mundial, la expectativa de vida al nacer es de 80 años, la desnutrición infantil es de 1.8% del total de niños menores de 5 años, y la mortalidad infantil es de 6 por cada 1.000 nacimientos. La información puede ser consultada en línea en <https://data.worldbank.org/>

7 De acuerdo con la encuesta conducida por el Centro de Estudios Públicos en diciembre de 2019, y frente a la pregunta "¿cuáles son los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo en solucionar el Gobierno?", la salud se ubicó en segundo lugar (46% del total). Centro de Estudios Públicos (CEP), Estudio Nacional de opinión pública número 84, diciembre de 2019.

8 "La Comisión pudo observar la existencia de una sociedad civil vibrante y consciente de sus derechos, solidaria y movilizadora alrededor de sus demandas. Al respecto, reconoce la legitimidad de las demandas históricas, en particular sus reivindicaciones respecto a la desigualdad en el ingreso, el acceso a la educación, a la salud, a la seguridad social, al agua y otros derechos sociales". CIDH, *Comunicado número 18: "CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares"*, 31 de enero de 2020.

9 Véase Carmen Muñoz, *La salud en Chile: una historia de movimientos, organización y participación social*, Valdivia, Ediciones Universidad Austral, 2019.

10 Superintendencia de Salud, *Estudio de opinión a usuarios del sistema de salud y posicionamiento de la Superintendencia de Salud*, junio de 2016. Disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/>

como las mujeres, las personas mayores y los enfermos crónicos.¹¹

Junto con esta razón histórica, un segundo argumento, que podría explicar el motivo del actual descontento, dice relación con la tolerancia decreciente manifestada por la población chilena hacia las desigualdades en el campo sanitario. Pese a reformas estructurales como la introducción de las Garantías Explícitas en Salud a inicios de la década del dos mil, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo advertía, en una publicación difundida en 2017, que alrededor del 68% de la población expresaba una alta molestia hacia la desigualdad en el ámbito de la salud:¹² “Datos comparables en el tiempo muestran que la percepción de injusticia en salud ha aumentado en los últimos quince años. (...) Que en las dos desigualdades que más molestan a la población [salud y educación] se evidencie un aumento de entre 12% y 16% en el rechazo es un signo claro de que la tolerancia ante algunas desigualdades ha cambiado”.¹³

Este sentimiento de injusticia tiene un fuerte correlato fáctico, vinculado al ejercicio estratificado del derecho a la salud en Chile.¹⁴ Ello quiere decir que una parte importante de la población considera que el acceso a una atención de calidad, el tratamiento de enfermedades catastróficas, la espera previa e incluso el buen trato se encuentran condicionados por factores como la capacidad de pago.¹⁵

11 Nuestra historia reciente ofrece un hito clave, determinante para la comprensión del escenario actual: la desarticulación en 1979 del Servicio Nacional de Salud por la dictadura cívico-militar, junto a la introducción de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES). Ya en aquella época, especialistas advertían sobre las negativas consecuencias sanitarias de esta masiva irrupción privada en el área de la salud: “Lo que está en juego es si la Medicina va a ser considerada como una mercancía, o como una necesidad de la población. En último término las alternativas en salud son: o una medicina predominantemente social o una medicina predominantemente individual, la primera es claramente redistributiva del ingreso y, la segunda, claramente concentradora del ingreso”. Alejandro Goic, “El sistema de Salud de Chile: una tarea pendiente”, *Revista Médica de Chile* 143(6), 2015, p. 781.

12 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*. Santiago, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2017, p. 28.

13 *Ibíd.*, p. 29.

14 A pocos días de iniciada la crisis social, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales declaraba: “La gran mayoría de los y las chilenos, así como de los y las habitantes de este país quienes migraron recientemente a Chile, experimenta la falta de garantía de sus derechos sociales básicos. El disfrute del derecho a la salud, a la educación, al trabajo, y a una pensión digna no se garantiza para la gran mayoría de la población, especialmente en términos de calidad de los servicios y acceso no-discriminatorio a estos derechos”. Centro de Derechos Humanos UDP, *Reformas estructurales a las políticas sociales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, 23 de octubre de 2019, p.2.

15 De acuerdo con el informe sobre la brecha social chilena publicado por el PNUD, “el porcentaje de personas que dice tener mucha o bastante confianza en este acceso es de 63% en el nivel socioeconómico alto y de solo 17,5% en el nivel socioeconómico bajo, es decir, parece un lujo al que pocos pueden acceder. La sensación de ser objeto de tratos injustos y la irritación en los servicios de salud se acrecienta cuando se percibe que hay un acceso diferenciado y la calidad del trato recibido depende del dinero que se tenga”. PNUD, *op.cit.*, pp. 29-30.

La estratificación en el acceso a los servicios de salud puede observarse en los resultados de la última Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN). Conforme a estos últimos, el 27,8% de los afiliados al Fondo Nacional de Salud (FONASA) experimentó problemas para obtener una atención sanitaria, frente a un 12,6% de los afiliados al sistema de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).¹⁶ Las diferencias también se expresan en grupos específicos de la población, como las mujeres. La encuesta CASEN muestra que solo un 29% de las mujeres mayores de quince años pertenecientes al primer decil de ingresos ha accedido a un examen Papanicolau durante el último año; tratándose del decil más rico, esta cifra aumenta a un 48,5%.

En relación con el estado de salud de los niños y niñas menores de nueve años, el porcentaje con sobrepeso disminuye desde un 14% a un 9% al pasar del primer al último quintil.¹⁷

Puesto que esta clase de diferencias se expresa además geográficamente, indicadores sanitarios como la expectativa de vida reflejan el ejercicio deficitario del derecho a la salud de quienes habitan en localidades más empobrecidas. De acuerdo con un reciente estudio implementado en distintas capitales de América Latina y publicado en la revista *The Lancet*, una mujer que reside en una de las zonas menos favorecidas de Santiago de Chile vivirá casi 18 años menos que otra mujer que viva en la misma ciudad, pero en un barrio con mayores ingresos,¹⁸ lo que hará que la vida de esta mujer —y de muchas otras— sea dos décadas más corta.

Puede sostenerse, a modo de conclusión preliminar, que el sistema de salud chileno exhibe desigualdades de carácter estructural, sostenidas en el tiempo, frente a las que la población ha manifestado un rechazo cada vez mayor. Este es el contexto que contribuyó al malestar colectivo expresado con fuerza a partir del 18 de octubre: las desigualdades estructurales en salud son parte de la antesala a la crisis social.

Junto con ellas, las violaciones graves a los derechos humanos completan el mapa de las dimensiones sanitarias de la crisis chilena. Solo durante los primeros dos meses, los servicios de urgencia médica recibieron a más de trece mil personas heridas durante las manifestaciones sociales.¹⁹ El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) registra a cuatrocientos sesenta personas afectadas por una lesión ocular,

16 Ministerio de Desarrollo Social y Familia, CASEN 2017. *Salud, síntesis de resultados*, septiembre de 2018.

17 *Ibid.*

18 Usama Bilal y otros, "Inequalities in life expectancy in six large Latin American cities from the SALURBAL study: an ecological analysis", *The Lancet Planetary Health* 3(12), 2019, p. 503.

19 Balance entregado por el ministro de Salud de la época, con fecha 20 de diciembre de 2019.

de las cuales más de treinta experimentaron un estallido o pérdida de uno o ambos ojos.²⁰ Dos mil ciento treinta y tres personas han sufrido heridas provocadas por armas de fuego; cien de ellos corresponden a niños, niñas y adolescentes.²¹ En su presentación ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados a inicios de 2020,²² representantes del Colegio Médico proporcionaron evidencia sobre lesiones registradas a causa de municiones percutadas por armas de fuego, gases lacrimógenos, golpizas, atropellos por automóviles policiales, quemaduras por acción del carro lanza agua, violencia sexual y psicológica. Adicionalmente, se refirieron a las lesiones sufridas por equipos voluntarios de salud en el contexto de las manifestaciones.

El objetivo de este capítulo es profundizar en esta segunda dimensión sanitaria de la crisis, a partir de los estándares ofrecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo que, paradójicamente, estas graves violaciones a la salud se han producido en el contexto de reclamos sociales por una salud más digna.

Para ello, se solicitó información sobre vulneraciones a la salud a distintos órganos del Estado a través del sistema de acceso a la información pública;²³ se revisaron las presentaciones de organizaciones de la sociedad civil ante las Comisiones de Salud y Derechos Humanos del Senado y la Cámara de Diputados; se compiló la jurisprudencia relacionada con lesiones provocadas por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública —en particular, traumas oculares, efecto del gas lacrimógeno y uso de escopetas antidisturbios—;²⁴ se analizaron los informes sobre Chile emitidos por órganos de protección de los sistemas regional y universal;²⁵ y se practicó una revisión exhaustiva de fuentes abiertas, con un énfasis en información que diera cuenta de vulneraciones al derecho a la salud durante las manifestaciones

20 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos*, abril de 2020.

21 *Ibíd.*

22 Colegio Médico de Chile, *Estudio del proyecto de ley que prohíbe el uso excesivo de la fuerza, así como la utilización de medios disuasivos que afecten la integridad física de las personas*, 7 de enero de 2020. Disponible en <http://www.camara.cl/>

23 Los organismos consultados fueron el Consejo de Defensa del Estado, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Defensoría de la Niñez, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los Servicios de Salud de los seis centros urbanos más poblados del país, junto a los hospitales del Salvador y de Urgencia Asistencia Pública (ex Posta Central).

24 Las sentencias fueron seleccionadas a partir de las bases de datos ofrecidas por la Unidad de Estudios de la Corte Suprema. Además, se incluyeron los resultados de búsqueda en las bases de datos del Poder Judicial, Microjuris y Legal Publishing.

25 Los documentos más relevantes, son los informes sobre Chile emitidos por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

sociales.²⁶ Como antecedentes complementarios, fueron revisadas publicaciones científicas recientes que dieran cuenta de los riesgos para la salud del armamento menos letal, junto con decisiones legislativas y judiciales sobre este último tema adoptadas en el espacio comparado. Por último, se seleccionaron las recomendaciones formuladas por órganos supervisores de tratados –como los Comités contra la Tortura y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– que resultaran pertinentes para el capítulo.

El presente capítulo ha sido dividido en cinco secciones. La primera ofrece una breve conceptualización operativa del derecho a la salud desde la perspectiva del DIDH. Las secciones segunda, tercera y cuarta abordan el comportamiento de tres actores clave en relación con las dimensiones sanitarias de la crisis social: las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, la institucionalidad sectorial –principalmente, la red pública de salud–, y las organizaciones de la sociedad civil. La sección final está dedicada a las medidas de reparación, las garantías de no repetición y las recomendaciones derivadas de las conclusiones del capítulo.

1. BREVE CONCEPTUALIZACIÓN OPERATIVA DEL DERECHO A LA SALUD

Distintos instrumentos jurídicos vinculantes para el Estado de Chile se refieren al derecho a la salud. Entre ellos, el más importante dentro del esquema universal es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De acuerdo a esta norma, “Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. A nivel regional, el instrumento que regula de un modo específico los DESC no ha sido ratificado por Chile (Protocolo de San Salvador). Ello no quiere decir que el Estado chileno se encuentre exento de obligaciones regionales en relación con la salud, sino más bien que ellas se derivan no de este último instrumento sino de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre el contenido autónomo del derecho a la salud –interpretando para ello el artículo 26 de la Convención Americana– a propósito del *caso Poblete Vilches contra Chile*.²⁷ Junto con definir a la salud como un derecho humano fundamental, indispensable para el ejercicio de otros derechos,

26 Se revisaron las publicaciones, entre octubre de 2019 y junio de 2020, en los siguientes medios de prensa: El Mercurio, La Tercera, El Mostrador, Interferencia, CIPER Chile, Radio Universidad de Chile, Radio Bio-Bio y El Desconcierto.

27 Corte IDH, *Poblete Vilches y otros contra Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018.

la Corte reconoció que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también [como] un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral”.²⁸

La sentencia incluyó tres argumentos adicionales. El primero se refiere a los elementos esenciales e interrelacionados que deben ser satisfechos por el Estado en materia de salud, construidos a partir de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.²⁹ En segundo lugar, la Corte reiteró el carácter exigible de los derechos económicos, sociales y culturales —entre los que se encuentra el derecho a la salud—, “ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”,³⁰ recordando que también estos derechos, y no solo los de naturaleza civil y política, pueden ser reclamados ante las autoridades estatales. Por último, la Corte IDH precisó las obligaciones que cabe exigir en relación con el derecho a la salud, distinguiendo entre aquellas de carácter progresivo (“la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs”),³¹ y las de carácter inmediato, referidas a la implementación de medidas eficaces “a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”.³²

Junto con los argumentos proporcionados por la Corte, vale la pena mencionar algunos estándares internacionales aplicables al ordenamiento jurídico chileno que se refieren al derecho a la salud de grupos en situación de especial vulnerabilidad.³³ Son particularmente relevantes para este capítulo aquellos estándares relativos a la salud de las mujeres —en especial las mujeres embarazadas y quienes experimentan violencia sexual—, las niñas, niños y adolescentes, las personas en situación de discapacidad, las personas mayores, las personas privadas de libertad y las víctimas de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Finalmente, debe recordarse que la Constitución Política chilena asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud

28 *Ibíd.*, párr. 118.

29 *Ibíd.*, párr. 120.

30 *Ibíd.*, párr. 100.

31 *Ibíd.*, párr. 104.

32 *Ibíd.*

33 A ellos se refieren la propia jurisprudencia de la Corte IDH, los informes temáticos de la CIDH y el *corpus iuris* del sistema universal.

(artículo 19, N°9). Sin embargo, la exigibilidad judicial de este derecho se limita a la posibilidad de optar entre un sistema público y uno privado de salud, atendido el alcance restringido de la acción de protección (artículo 20). Por este motivo, las acciones judiciales de protección y amparo que podrían incluir referencias al derecho a la salud mencionan el derecho a la integridad física y síquica (artículo 19, N°1), que sí puede ser exigido ante los Tribunales de Justicia.

2. LA CONDUCTA DE LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA

2.1 Estándares internacionales sobre manifestaciones en espacios públicos³⁴

El derecho de reunión pacífica forma parte del catálogo de derechos civiles y políticos incorporado tanto al listado de garantías fundamentales de la Constitución chilena como al Pacto de Derechos Civiles y Políticos,³⁵ principal instrumento internacional en la materia. Además, existen estándares internacionales de derechos humanos relacionados con la reunión pacífica y los grupos en situación de vulnerabilidad.³⁶

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refirió recientemente a la importancia del derecho de reunión para el fortalecimiento de la democracia, señalando que “junto con otros derechos conexos, (...) constituye la base misma de un sistema de gobernanza participativa basado en los derechos humanos, el estado de derecho y el pluralismo”.³⁷ A su vez, los órganos del sistema interamericano se han pronunciado sobre la relación entre la reunión pacífica y el derecho a la protesta. Esta última se materializa a través de la movilización ciudadana, facilitando la expresión de intereses colectivos y

34 La sección se basa en los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y en la Guía de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y armas menos letales en el cumplimiento de la ley (United Nations Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement). Las traducciones al español de este último documento son propias.

35 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC), artículo 21: “Se 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”.

36 Convención de Derechos del Niño (artículo 15) y Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5 d.ix).

37 Comité de Derechos Humanos (CDH), *Observación General número 37 sobre el derecho de reunión pacífica (artículo 21)*, 17 de septiembre de 2020. Las traducciones al español de este documento son propias.

la influencia en la política pública de los Estados.³⁸ La protesta social ha sido incluso considerada por la Corte IDH como el cumplimiento del deber de defender la democracia frente a situaciones de ruptura del orden institucional.³⁹

¿De qué manera se relacionan estos derechos políticos con la garantía social de la salud? En un primer sentido, cabe destacar la importancia de la reunión pacífica y la protesta social para el avance de las demandas de reconocimiento, protección y ejercicio del derecho a la salud.⁴⁰ De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, la reunión pacífica supone una herramienta valiosa, especialmente tratándose de grupos e individuos históricamente marginados, razón por la cual “la falta de respeto y garantía del derecho de reunión pacífica suele ser un indicador de represión”.⁴¹

Junto con ello, un segundo punto de encuentro entre reunión y salud corresponde a las vulneraciones a este último derecho producidas en el contexto del legítimo ejercicio del derecho a la protesta social. En casos donde los Estados reaccionan desproporcionadamente frente a las manifestaciones, como si se trataran de amenazas a la seguridad interior o la seguridad ciudadana, es frecuente que se produzcan vulneraciones a derechos como la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal.⁴² En esta línea, la Corte IDH ha reafirmado la importancia de separar la noción de seguridad ciudadana del paradigma del enemigo interno, que se traduce con frecuencia en el uso desproporcionado de la fuerza hacia la población civil. Por el contrario, la seguridad ciudadana “debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones”.⁴³

La interrelación entre ambos derechos impone una serie de obligaciones al Estado, de naturaleza negativa y positiva. Dentro del primer grupo se encuentra la obligación de no interferir injustificadamente en las reuniones pacíficas⁴⁴ por medio de lesiones a la integridad física o la salud de los manifestantes; así, por ejemplo, se encuentra prohibido a los Estados dispersar o disolver por medio de la fuerza una manifestación pacífica sin una justificación convincente.⁴⁵ A su vez, las obliga-

38 CIDH, *Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2019.

39 Corte IDH, *López Lone y otros contra Honduras*, 5 de octubre de 2015, párr. 148 y ss.

40 CIDH, *Protesta y derechos humanos*, op.cit., párr.3.

41 CDH, op.cit., párr. 2.

42 CIDH, *Protesta y derechos humanos*, op.cit., párr. 27.

43 Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 78; y *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco contra México*, 28 de noviembre de 2018, párr. 167.

44 CDH, op.cit., párr. 23.

45 CIDH, op.cit., párr. 24.

ciones positivas comprenden los deberes de proteger a quienes se manifiestan de lesiones o heridas provocadas por los encargados de hacer cumplir la ley⁴⁶ o por terceros, junto a la obligación de proporcionar asistencia médica oportuna durante y después de las manifestaciones. En este sentido, de acuerdo a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos, los costos del auxilio médico que eventualmente se pueda proporcionar durante la reunión pública no deberían exigirse a los organizadores como un requisito para autorizar la manifestación.⁴⁷

Esta serie de obligaciones no cesan en casos donde la reunión posee un carácter ilegal. Siguiendo los lineamientos recientemente publicados por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH),⁴⁸ las garantías fundamentales de los participantes deben ser respetadas y protegidas, incluso si las autoridades estatales consideran que una reunión se desarrolla sin cumplir con el marco jurídico vigente. Un estándar similar debe aplicarse a casos en los que existan manifestantes violentos, pues también en estas situaciones los derechos a la salud y la integridad física se mantienen plenamente vigentes. Por tanto, la participación en actos de carácter violento no confiere carta blanca a los funcionarios policiales u otros actores no estatales para emplear la fuerza de un modo ilegítimo.

Cuando sea necesario recurrir a la fuerza, los agentes estatales están obligados a adoptar todas las medidas posibles para evitar, o al menos minimizar, el riesgo de lesiones o muerte.⁴⁹ Además, será necesario respetar los principios fundamentales sobre el uso de la fuerza: la legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación.⁵⁰ A ellos puede agregarse el principio de distinción, que consiste en la obligación de diferenciar entre manifestantes pacíficos y violentos por parte de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley.⁵¹

El DIDH no es ingenuo con respecto a la necesidad de recurrir a medios coercitivos para la mantención del orden público, cuando las circunstancias así lo exijan. Precisamente por ello, existe una serie de estándares dirigidos a precaver el riesgo de vulnerar derechos fundamentales en aquellos casos en los que el Estado recurre al uso de la fuerza para controlar una protesta social. Entre ellos, pueden mencionarse el empleo de técnicas adecuadas de reducción de la tensión,⁵² el deber de aviso previo si se vuelve absolutamente necesario utilizar la fuerza,⁵³

46 CDH, op.cit., párr. 76.

47 Ibid., párr. 64.

48 ACNUDH, *Guía de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y armas menos letales en el cumplimiento de la ley*, 2020.

49 Ibid., párr. 6.3.1.

50 Ibid., párr. 2.1. y ss.

51 CDH, op.cit., párr. 86.

52 ACNUDH, op.cit., párr. 6.3.1.

53 Ibid., párr. 6.3.3.

el empleo de la fuerza mínimamente necesaria para hacer cumplir la ley,⁵⁴ y la prohibición de autorizar cláusulas excesivamente amplias o ambiguas, tales como “utilizar toda la fuerza que sea necesaria” para dispersar una asamblea o, simplemente, “disparar a las piernas”⁵⁵ con tal de alcanzar este objetivo.

Por último, es interesante destacar –debido a su importancia para el caso chileno– la relación entre las violaciones a derechos humanos como la salud y la integridad física, cometidas en el contexto de manifestaciones públicas, y los crímenes de lesa humanidad. El Comité de Derechos Humanos cierra la Observación General N°37 (2020) con una referencia al respecto: “La plena protección del derecho de reunión pacífica depende de la protección de un rango de derechos. (...) Un caso extremo, en el que los participantes en reuniones pacíficas son sometidos a la fuerza o conducta ilícita como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil, también puede constituir, cuando se cumplan los demás criterios pertinentes, un crimen de lesa humanidad”.⁵⁶

2.2 Vulneraciones producidas después del 18-O

2.2.1 Vulneraciones históricas a la salud en el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica

La actual crisis social ha estado lejos de inaugurar el historial de violencia policial durante las manifestaciones públicas en Chile. Tal como ha ocurrido en Francia con el movimiento de las chaquetas amarillas o en Estados Unidos tras el asesinato de George Floyd, las concentraciones multitudinarias no han hecho sino develar un fenómeno preexistente, pero ignorado por algunos sectores del país. Al poner en contacto a una parte importante de la población con la violencia policial, esta última adquiere mayor visibilidad al tiempo que el grado de tolerancia exhibido por la comunidad decrece.⁵⁷

Un problema importante del caso chileno parece ser, nuevamente, la disonancia entre prácticas y discursos. Durante el Examen Periódico Universal de inicios de 2019, cuyo propósito general es evaluar el desempeño del Estado examinado en materia de derechos humanos, Chile rechazó la recomendación cubana de trabajar para “eliminar y combatir la impunidad por actos de violencia cometidos por personal

54 CDH, op.cit., párr. 79.

55 Ibíd.

56 CDH, op.cit., párr. 98.

57 De acuerdo con el Estudio Longitudinal Social de Chile desarrollado por el Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES), en 2016 el 65% de los encuestados rechazaba la represión durante las movilizaciones sociales, mientras que para 2019 (con posterioridad al 18-O) este rechazo representaba el 75% de las respuestas. Disponible en <http://www.coes.cl/encuesta-panel/>

encargado de cumplir la ley, incluida la violencia sexual, hacia manifestantes pacíficos”.⁵⁸ Frente a esta propuesta, la delegación chilena afirmó: “Los abusos policiales denunciados en el contexto de manifestaciones pacíficas son investigados y, en caso de que los hechos se demuestren como ciertos, sancionados”.⁵⁹

La historia reciente de nuestro país refuta esta afirmación. Los hitos de violencia policial en el contexto de manifestaciones sociales –entre los que se incluyen graves violaciones a los derechos a la salud y la integridad individual– han venido desarrollándose durante las últimas tres décadas.⁶⁰ En su segundo informe sobre Chile tras la recuperación de la democracia, el Comité contra la Tortura manifestaba su preocupación por “el número considerable de denuncias de torturas y malos tratos por parte de distintas fuerzas de seguridad, especialmente Carabineros y la Policía de Investigaciones, que no han tenido una respuesta eficaz a través del necesario enjuiciamiento de los autores de tales hechos”.⁶¹ Veinte años más tarde, el mismo organismo insistía ante el Estado chileno: “El Comité expresa su preocupación por los numerosos episodios de brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad contra manifestantes. También son motivo de preocupación las informaciones coincidentes en las que se denuncian malos tratos a manifestantes detenidos, (...) y actos de violencia sexual policial contra mujeres y niñas durante protestas estudiantiles”.⁶²

La jurisprudencia nacional corrobora la existencia de vulneraciones al derecho a la salud en el contexto de manifestaciones pacíficas con anterioridad al 18-O. Un fallo reciente pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema da cuenta de ello. Los hechos guardan relación con las protestas sociales desarrolladas en la región de Aysén durante 2012; por medio de una acción de indemnización de perjuicios, el recurrente solicitó que se declarara al Estado responsable por los disparos de balines de goma percutados por Carabineros “en el contexto de movilizaciones sociales”,⁶³ pues esas municiones le provocaron la pérdida de su ojo derecho. Concurriendo a la decisión de mayoría, el juez Sergio Muñoz destacó la prohibición que pesa sobre Carabineros de Chile

58 Consejo de Derechos Humanos, *Examen Periódico Universal de Chile, tercer ciclo. Matriz de recomendaciones*, 22 de enero de 2019, recomendación número 125.74.

59 Consejo de Derechos Humanos, *Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por Chile, en el marco del tercer Examen periódico universal*, 25 de junio de 2019, párr. 29.

60 Véase al respecto, Claudio Fuentes, *Denuncias por violencia policial*, Santiago, FLACSO-Chile, 2001.

61 Comité contra la Tortura (CAT), *Informe del Comité contra la Tortura, Quincuagésimo período de sesiones*, 1995, párr. 58.

62 CAT, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, 28 de agosto de 2018, párr. 22.

63 Corte Suprema, *Marcelo Hernández Céspedes y otros con Fisco de Chile*, 7 de agosto de 2020, considerando 3.

de ocasionar lesiones a la población durante la represión de desórdenes públicos: “El sólo hecho de producir heridas de distinta consideración a una persona constituye una actuación que no ampara el ordenamiento jurídico, puesto que no se ha alegado y menos probado un contexto de legítima defensa de parte de los funcionarios policiales”.⁶⁴

2.2.2 Los efectos sobre la salud del armamento menos letal

i. Estándares internacionales

Según los lineamientos sobre armas menos letales publicados por el ACNUDH, estas se pueden definir como “armas diseñadas o destinadas a ser utilizadas en individuos o grupos de individuos y que, en el curso del uso esperado o razonablemente previsto, tienen un riesgo menor de causar la muerte o lesiones graves que las armas de fuego”.⁶⁵ Esta clase de armamento incluye por lo general al utilizado en las operaciones de control del orden público, a través de escopetas antidisturbios—con capacidad para disparar proyectiles de caucho, goma, pintura, plástico y, en ocasiones, plomo revestido de algún otro material—, carabinas lanzagases, armas químicas como el gas lacrimógeno, aerosoles de gas pimienta, carros lanza agua, armas sonoras y eléctricas.⁶⁶ Pese a que se trata de armamento desarrollado para causar un menor daño al provocado por armas de fuego, los organismos de derechos humanos han advertido sobre la dificultad de trazar una línea divisoria entre ambos tipos. Por lo demás, factores adicionales al diseño o las características del arma deben ser considerados al momento de utilizarlas en contra de la población civil. Así, por ejemplo, el efecto del gas lacrimógeno será más intenso respecto de niños y personas mayores, o existirá una mayor probabilidad de provocar lesiones graves a una persona que recibe descargas eléctricas si esta tiene una patología preexistente.⁶⁷

El DIDH ha desarrollado una serie de estándares dirigidos a regular la utilización de este tipo de armamento en el contexto de manifestaciones pacíficas, con la finalidad de proteger los derechos de quienes participan en ellas. El primero, desarrollado tanto por órganos del sistema universal⁶⁸ como por instituciones interamericanas,⁶⁹ consiste en la prohibición de utilizar esta clase de armamento de un modo excesivo, desproporcionado o indiscriminado. Tribunales de sistemas regionales de protección de los derechos humanos han resuelto en el mismo sentido. Refiriéndose al caso de un ciudadano turco que recibió

64 *Ibíd.*, considerando 8 (voto concurrente).

65 ACNUDH, *op.cit.*, p. 45.

66 CIDH, *op.cit.*, párr. 120.

67 *Ibíd.*, párr. 121.

68 CDH, párr. 87.

69 CIDH, *op.cit.*, párr. 122.

el impacto de un cartucho de gas lacrimógeno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señaló, en 2013, que el uso de la fuerza al que había sido sometida la víctima resultaba desproporcionado desde el punto de vista del objetivo que la policía buscaba alcanzar –en este caso, la dispersión de una reunión violenta–. Puesto que la gravedad de las lesiones en la cabeza del demandante no concordaba con el uso por parte de la policía de un grado de fuerza estrictamente necesario de acuerdo con su conducta, el Tribunal estimó que esta situación no ofreció “el nivel de protección de la seguridad física de las personas que se requiere en las sociedades democráticas contemporáneas”.⁷⁰

Tratándose de armas menos letales que tienden a tener efectos indiscriminados, como el gas lacrimógeno o la acción del carro lanza agua, los Estados deben asegurarse de limitar los riesgos asociados a su uso, como sucede, por ejemplo, cuando se causa daños a transeúntes o se provoca una estampida. Según los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Humanos, esta clase de armamento solo debiese utilizarse como una medida de último recurso, precedida de advertencias verbales y después de brindar el tiempo suficiente para que los participantes de la manifestación se dispersen.⁷¹

Un segundo estándar, aplicable a los irritantes químicos, se refiere a la prohibición de utilizar niveles peligrosos de agentes activos. Cualquier efecto tóxico de los productos químicos en la salud de la población debe ser evaluado y prevenido, ya sea mediante la adecuada capacitación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o a través de la suspensión de su uso.⁷² En grandes dosis, el uso de irritantes químicos puede provocar necrosis del tejido en el tracto respiratorio y el sistema digestivo, edema pulmonar y hemorragia interna, por lo que debe evitarse la exposición repetida o prolongada en el tiempo. Además, los organismos internacionales señalan la importancia de que toda persona que haya estado expuesta a cualquier irritante químico sea descontaminada lo antes posible.⁷³

El tercer estándar, apunta a la obligación de practicar testeos independientes que garanticen la seguridad y analicen los efectos sobre la salud que provoca el armamento utilizado.⁷⁴ De acuerdo a la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “los Estados deben establecer pruebas adecuadas para

70 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Abdullah Yaşa y otros contra Turquía*, 16 de julio de 2013, párr. 49.

71 CDH, op.cit. párr. 87.

72 ACNUDH, op.cit., párr. 7.3.8.

73 ACNUDH, op.cit., párr. 7.3.5.

74 CDH, op.cit., párr. 81. Así también, “es importante impulsar estudios para profundizar el conocimiento médico disponible respecto de los impactos en la salud y en la integridad de cada una de las armas existentes, así como cuáles son las formas seguras de uso de cada tipo de arma”. CIDH, op.cit., párr. 122.

aprobar la adquisición e incorporación de nuevas armas (...) y contar con criterios acerca del tipo de expertos multidisciplinarios e independientes que puedan realizarlos, que no presenten conflictos de interés con actividades comerciales”.⁷⁵

Un último estándar, se refiere a la necesidad de brindar asistencia médica en casos donde la utilización de armas menos letales ha provocado lesiones.⁷⁶ Este deber estatal no se suspende tratándose de un presunto infractor, pues la obligación de asistir a quienes resulten heridos no puede sujetarse a ningún tipo de discriminación. Por tanto, todo aquel que resulte herido o lesionado debe recibir cuidados médicos en el momento más temprano posible, sin que resulte admisible introducir otras diferencias que la gravedad de la lesión.⁷⁷

ii. *Violaciones producidas en Chile*

Al aplicar la serie de estándares reseñados a los hechos desencadenados a partir del 18 de octubre de 2019, dos conclusiones preliminares saltan a la vista. La primera consiste en la gravedad, masividad y permanencia en el tiempo de los actos constitutivos de violaciones a los derechos a la salud e integridad física y síquica de parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.⁷⁸

La segunda cuestión que puede concluirse, tras una revisión exhaustiva de los antecedentes disponibles, es la complejidad de las vulneraciones provocadas en el contexto de las manifestaciones a través del armamento menos letal. Se trata del incumplimiento de los estándares relativos al uso de la fuerza, la opacidad en la información proporcionada sobre la composición del armamento utilizado, el empleo de irritantes químicos en concentraciones tóxicas, la utilización impropia e indiscriminada de escopetas antidisturbios y carabinas lanzagases, la falta de asistencia médica a lesionados y detenidos, el entorpecimiento de las actividades desplegadas por voluntarios de la salud, y la lesión de periodistas y defensores de derechos humanos, sin que el listado resulte exhaustivo. En lo que sigue, se reseñarán aquellas vulneraciones particularmente relevantes desde la perspectiva del derecho a la salud, excluyéndose los aspectos abordados en profundidad por otros capítulos del *Informe*.

75 CIDH, op.cit., párr. 124.

76 Naciones Unidas, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, 1990, párr. 5 c).

77 ACNUDH, op.cit., párr. 4.6.1.

78 Puesto que los hechos involucran de manera abrumadora a Carabineros de Chile, este capítulo se ha concentrado en ellos. No obstante, existen también reportes de vulneraciones cometidas por miembros de la Policía de Investigaciones y funcionarios militares.

a) *Falta de antecedentes sobre la composición del armamento menos letal*

La información disponible indica que Carabineros de Chile se ha negado, al menos desde 2011, a brindar antecedentes detallados sobre los componentes, concentración y grado de toxicidad de las armas utilizadas. Pronunciándose acerca de una solicitud de acceso a la información pública, Carabineros sostuvo, en noviembre de 2011, que revelar información sobre “armas de fuego, sustancias químicas, entre otras, así como los presupuestos manejados en torno a éstos”,⁷⁹ supondría un riesgo para los civiles y el restablecimiento del orden público, pues se entregarían “valiosos datos, los cuales permitirían elaborar planes de respuesta tácticos entre quienes quieran repeler su actuación”.⁸⁰ Por tanto, y sobre la base de asegurar “la eficacia y eficiencia disuasiva” de sus operaciones, la institución se negó a proporcionar los antecedentes requeridos. El único dato aportado en aquella oportunidad por Carabineros consistió en dar a conocer el principio activo empleado como irritante químico, conocido como clorobenzilideno malonitrilo o gas CS.

Durante la crisis social se produjo una serie de hechos que provocaron dudas con respecto al tipo de irritantes químicos efectivamente utilizados por Carabineros, así como sobre la concentración empleada para cada uno de ellos. A partir de una denuncia sobre el eventual uso de hidróxido de sodio o soda cáustica en la mezcla utilizada por el carro lanza agua, el Ministerio de Salud informó acerca de un requerimiento de información sobre los componentes químicos utilizados durante las manifestaciones. La respuesta de Carabineros, de presunto carácter secreto, defendió el empleo de concentraciones permitidas por la regulación internacional.⁸¹

Sin embargo, representantes del Colegio Médico, organizaciones de la sociedad civil y centros universitarios cuestionaron la coherencia entre las informaciones aportadas por la policía y las lesiones observadas en los pacientes que recibieron cuidados médicos tras la acción del carro lanza agua, particularmente durante los meses de noviembre y diciembre de 2019. Así lo informaba a la prensa José Silva, coordinador de una de las brigadas de salud formadas por voluntarios a partir del 18 de octubre: “Desde hace dos semanas venimos presentando un aumento en el número de casos de personas con quemaduras químicas

79 Carabineros de Chile, Resolución Exenta 27, 17 de noviembre de 2011.

80 *Ibid.*

81 De acuerdo con este documento, “el agente CS, en una concentración de 0,4mg/m³ es considerado no nocivo para la salud humana por la Federación de Científicos Norteamericanos (FAS) y por la normativa internacional que regula los productos químicos CS, cuando son utilizados al aire libre en actividades de control de motines, manifestaciones hostiles o desórdenes que alertaran el orden público, por personal policial capacitado. Asimismo, la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA) también reconoce como concentración de CS permitida los 0,4mg/m³ de agua”. Radio Pauta.cl: “La respuesta secreta de Carabineros a Mañalich por los carros lanza aguas”, 16 de diciembre de 2019.

del tipo A (primer grado, epidérmica), ABA (quemaduras intermedio-superficiales) y ABB (quemaduras intermedio-profundas).⁸² En el mismo sentido, se pronunciaron representantes del Colegio Médico en su presentación ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, a inicios de 2020: “Existen discrepancias entre la información proporcionada por Carabineros y el ministerio del Interior y Seguridad Pública, y la producida por organizaciones de la sociedad civil en cuanto a la composición o concentración de CS, por cuanto con los niveles oficialmente informados no debiesen ocurrir las quemaduras a los niveles en que se han registrado en los centros de salud”.⁸³

También la judicatura tuvo la oportunidad de constatar los efectos adversos provocados por los irritantes químicos empleados por Carabineros. Al acoger un recurso de amparo interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en favor de una persona que experimentó quemaduras graves, la Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo: “Que, de lo señalado por Carabineros de Chile, resulta evidente que la mezcla de agua con gas lacrimógeno CS que emplea para dispersar las multitudes, carece de toda regulación. En efecto, se desconoce cuáles son los efectos que dicha mixtura provoca en el ser humano, y se ignora cuál es la proporción que debe existir entre la referida sustancia, con la cantidad de agua en que se disuelve”.⁸⁴

La falta de auditorías técnicas ejecutadas por organismos autónomos impide contar con el reporte de una fuente independiente, distinta de los organismos alojados en Carabineros de Chile, que permita despejar este tipo de interrogantes. Especialmente graves resultaron, también, las denuncias sobre el uso del gas DM o difenilaminoclorarsina durante las manifestaciones, pues se trata de una sustancia prohibida que puede contener hasta un 27% de arsénico.⁸⁵ Esta sustancia, cuyos principales efectos corresponden al dolor torácico, náuseas, vómitos y trastornos sensoriales, puede incluso provocar la muerte. Algunos de sus efectos, no obstante, son concordantes con aquellos denunciados por distintas organizaciones de la sociedad civil a fines de 2019, las cuales apuntaron a la presencia de “una sustancia extraña”, de distinta composición, olor y color a las típicamente empleadas por la policía.⁸⁶

82 24Horas.cl: “Organización que detectó soda cáustica en lanza aguas descarta que el químico usado por Carabineros sea CS”, 17 de diciembre de 2019.

83 Cámara de Diputados, *Comisión de Salud, Actas de la Sesión 103ª*, 7 de enero de 2020, pág. 6.

84 Corte de Apelaciones de Concepción, *Instituto Nacional de Derechos Humanos contra Carabineros de Chile VIII Zona Bio-Bío*, 28 de noviembre de 2019, considerando 7.

85 Colegio Médico de Chile, *Presentación ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado*, 09 de diciembre de 2019.

86 24Horas.cl: “Denuncian sustancia extraña en gas lacrimógeno: Provocaría vómitos y tendría otro color”, 23 de noviembre de 2019; *The Clinic*, “Denuncian la presencia de una extraña sustancia en el gas lacrimógeno que usa Carabineros”, 24 de noviembre de 2019.

b) *Uso desproporcionado de escopetas antidisturbios y gases lacrimógenos*
Junto a las dudas y ausencia de información sobre la composición del armamento menos letal, una segunda fuente de violaciones al derecho a la salud corresponde al empleo indiscriminado de las escopetas antidisturbios y gases lacrimógenos. De acuerdo con información pública proporcionada por Carabineros, solo durante las dos primeras semanas de manifestaciones se utilizaron más de cien mil cartuchos calibre 12, percutados por las escopetas antidisturbios. Considerando la cantidad de proyectiles contenidos en cada cartucho, puede concluirse que la policía disparó un total de 1.252.092 perdigones. Para dimensionar la magnitud de esta cifra, considérese que durante el mes de octubre del año anterior el consumo de esta munición no superó los 97 disparos.⁸⁷

Los efectos del empleo masivo e indiscriminado de armamento menos letal resultan evidentes al considerar la cantidad de heridos registrada por organismos como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Defensoría de la Niñez y el Ministerio Público. En el informe publicado en abril de 2020, el INDH se refirió a la cantidad de personas lesionadas que pudo constatar a través de sus visitas a comisarías, hospitales y centros de salud primaria. Según estos datos, existían 2.133 víctimas de lesiones provocadas por armas de fuego, de las cuales 1.687 tenían por origen la acción de perdigones. Adicionalmente, 298 personas reportaron lesiones provocadas por los gases lacrimógenos empleados por Carabineros.⁸⁸ Tratándose de niñas, niños y adolescentes, la Defensoría de la Niñez constató, durante los primeros tres meses de la crisis social, un total de 441 lesionados (92 de ellos a causa de perdigones o balines disparados por agentes del Estado).⁸⁹

Esta cantidad abrumadora de víctimas⁹⁰ se ha traducido en un conjunto de acciones ejecutadas por la institucionalidad procesal penal chilena. De acuerdo con los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público, en respuesta a una solicitud de acceso a la información pública, entre el 18 de octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020 la institución registra un total de 8.827 víctimas de violencia institucional, de las que 1.362 corresponden a menores de edad. Desagregados según el origen de las lesiones, los datos arrojan 1.040 casos de lesiones graves —que incluyen al trauma ocular, las fracturas y traumatismos encefalo craneanos, junto a otras lesiones de gravedad—, además de 3.342

87 Ciper Chile.cl: “Carabineros revela que disparó 104 mil tiros de escopeta en las primeras dos semanas del *estallido social*”, 18 de agosto de 2020.

88 Instituto Nacional de Derechos Humanos, op. cit.

89 Defensoría de la Niñez, *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto de Estado de Emergencia y crisis social en Chile*, enero de 2020, p. 25.

90 Los casos ingresados a la Defensoría de la Niñez durante octubre de 2019 representaron un aumento de un 541% al comparar la información con el promedio mensual registrado por este organismo. *Ibíd.*, p. 22.

heridos por armas de fuego. La gran mayoría de las lesiones se produjo en la vía pública –6.397– por parte de Carabineros de Chile, mencionado como autor en 6.626 casos.⁹¹

Las cifras aportadas por órganos autónomos y los relatos ofrecidos por las víctimas dan cuenta de un problema grave en la finalidad que Carabineros de Chile asigna al armamento menos letal. Lejos de reservar su uso a situaciones eminentemente defensivas, que exijan una reacción proporcional al peligro generado por la acción de los manifestantes, la policía parece adoptar una estrategia militarizada, de acuerdo con la cual el uso de la fuerza supone un primer –en lugar de un último– recurso.⁹² Pese a que los estándares internacionales rechazan enfáticamente el empleo masivo de armas menos letales para dispersar manifestaciones pacíficas,⁹³ Carabineros de Chile pareciera comprender que su uso para poner fin a una protesta social masiva que se desenvuelve de manera pacífica, resulta legítimo. Ello no es nuevo tratándose del caso chileno.⁹⁴ La novedad, sin embargo, viene dada por la envergadura de los daños provocados a la integridad física y síquica de miles de personas que participaron en las movilizaciones sociales iniciadas el 18-O.

Una segunda novedad corresponde a la vigencia de nuevos instrumentos jurídicos –todos de rango infra legal– para regular el uso de la fuerza empleada por Carabineros en labores de control del orden público. No obstante, ni los protocolos reformados a fines de 2018 para dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH en el *caso Alex Lemun y otros contra Chile*,⁹⁵ ni las últimas modificaciones, introducidas a mediados de julio de 2020 tras la crisis social,⁹⁶ han logrado frenar las graves vulneraciones a la salud causadas por el uso de armamento menos letal.

La reacción de un sector de la judicatura chilena frente a estos hechos ha significado un esfuerzo que merece ser destacado. Pronunciándose acerca de una acción de protección interpuesta por el alcalde de Valparaíso, los rectores de las principales universidades de la región y representantes de agrupaciones sociales, la Corte de Apelaciones de

91 Ministerio Público de Chile, *Cifras Violencia Institucional, 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020. Informe Unidad Especializada en derechos humanos, violencia de género y delitos sexuales*, 15 de julio de 2020.

92 CIDH, *op.cit.*, párr. 180.

93 CDH, *op.cit.*, párr. 88.

94 Véase al respecto CAT, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, 28 de agosto de 2018, párr. 22-23.

95 CIDH, *Acuerdo de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Edmundo Alex Lemun Saavedra vs. Chile*, 9 de marzo de 2018. Dentro de las garantías de no repetición acordadas entre la Comisión y el Estado de Chile se encontraba la aprobación de un decreto presidencial que proveyera lineamientos generales sobre el uso de la fuerza.

96 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Orden General 2780, 14 de julio de 2020.

Valparaíso estimó vulnerados los derechos a la integridad física y síquica, además del derecho de reunión, y resolvió prohibir a Carabineros de Chile utilizar balines percutados a través de escopetas antidisturbios.⁹⁷ El razonamiento judicial consideró las múltiples evidencias presentadas por los recurrentes: fotografías, registros médicos, reportes emitidos por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Secretaría Regional Ministerial de Salud, declaraciones de brigadistas sanitarios, junto al relato de las víctimas. Una de las principales actuaciones que la Corte reprochó a Carabineros fue la transgresión del “principio esencial que debe guiar sus actos, cual es la gradualidad y proporcionalidad en el empleo de la fuerza”.⁹⁸ Este despliegue desproporcionado y como primer recurso de acción disuasiva, se tradujo en disparos indiscriminados de municiones “cuya composición es prácticamente desconocida” al cuerpo de los manifestantes, incluidas “partes vitales de su organismo, produciendo graves daños a varios de ellos”.⁹⁹

La Corte de Apelaciones de Concepción arribó a una conclusión similar, también en el contexto de una acción de protección interpuesta en contra de Carabineros de Chile.¹⁰⁰ En este caso, el tribunal ordenó a la policía suspender el uso de armas letales y balines respecto de las personas que participan pacíficamente en manifestaciones públicas, y limitar el uso de gases lacrimógenos, “o cualquier otro método o procedimiento disuasivo que afecte la integridad física de las personas”¹⁰¹ solo a las situaciones extremas que lo ameriten.

c) *El trauma ocular*

De acuerdo con la guía clínica publicada en 2009 por el Ministerio de Salud, el trauma ocular grave puede definirse como un “traumatismo originado por mecanismos contusos o penetrantes sobre el globo ocular y sus estructuras periféricas, ocasionando daño tisular de diverso grado de afectación con compromiso de la función visual, temporal o permanente”.¹⁰²

A nivel comparado, la relación entre el trauma ocular y el uso de armamento no letal ha derivado en su prohibición para un grupo importante de países, en especial tratándose de municiones de goma, caucho o metal. Un estudio, publicado en 2017 por el Parlamento Alemán, indicaba que en Rumania, Irlanda, Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia y Austria no se utilizan municiones de goma.¹⁰³ En España, el

97 Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Pavón contra Zenteno*, 19 de junio de 2020.

98 *Ibid.*, considerando 25.

99 *Ibid.*, considerandos 18-19.

100 Corte de Apelaciones de Concepción, *Soto Valenzuela y otro contra Subsecretaría del Interior*, 13 de noviembre de 2019.

101 *Ibid.*

102 Ministerio de Salud, *Guía Clínica sobre trauma ocular grave*, Santiago, MINSAL, 2009, p. 11.

103 Deutscher Bundestag, *Einsatz von Gummimunition in Deutschland und Europa*, 2017, p. 5.

Parlamento de Cataluña prohibió las balas de goma a partir de abril de 2014. La decisión se basó en los siete casos de pérdida ocular ocasionados a causa de este tipo de municiones entre 2009 y 2012.¹⁰⁴ Este tipo de munición también ha sido prohibido para las operaciones de la policía no militarizada que interviene en las misiones de paz de Naciones Unidas,¹⁰⁵ pues “aunque segura y eficaz en condiciones específicas, puede causar lesiones graves o la muerte si no se utiliza correctamente”.¹⁰⁶

Los estándares internacionales apuntan en una dirección similar. La publicación reciente del ACNUDH sobre armas menos letales prohíbe los perdigones de metal, afirmando que estos “nunca deben usarse”;¹⁰⁷ asimismo, reconoce que las balas de metal recubiertas de goma “son particularmente peligrosas”¹⁰⁸ y no deben ser utilizadas. En el caso de los proyectiles de impacto cinético –como los perdigones o balines empleados por Carabineros– este organismo sostiene que “no deben apuntar a la cabeza, la cara o el cuello” pues ello puede conducir a “una fractura de cráneo o lesión cerebral, daño a los ojos, incluida la ceguera permanente o incluso la muerte”.¹⁰⁹

Como muchas de las violaciones a los derechos humanos reseñadas en este capítulo, los casos de trauma ocular provocados por Carabineros no surgieron en Chile con la crisis social del 18 de octubre. Existen casos graves, que ocasionaron en las víctimas la pérdida de la visión, y que se asocian a manifestaciones o protestas sociales desarrolladas en distintos lugares del país. Tanto las protestas en Aysén durante 2012¹¹⁰ como las movilizaciones estudiantiles de 2011¹¹¹ fueron escenario de traumas oculares graves. Sin embargo, la jurisprudencia nacional también se ha pronunciado sobre lesiones provocadas fuera del contexto de una manifestación pública. Es el caso de M.A, quien perdió en 2009 su ojo izquierdo a causa del disparo de un cartucho de gas lacrimógeno, recibido en su rostro y en la entrada de su vivienda al intentar dialogar con funcionarios policiales durante el Día del Joven Combatiente.¹¹²

La posibilidad de provocar esta clase de daños era conocida por Carabineros al menos desde el año 2012.¹¹³ Tras las lesiones provocadas

104 Parlament de Catalunya, *Resolución 476/X*, 2013. Véase también El Diario.es: “Balance de las balas de goma: siete ojos perdidos en cinco años”, 8 de noviembre de 2013.

105 Naciones Unidas, *Peacekeeping Missions Military Police Manual*, 2015, párr. 3.6.1. La traducción es propia.

106 *Ibid.*

107 ACNUDH, *op.cit.*, párr. 7.5.6.

108 *Ibid.*, párr. 7.5.8.

109 *Ibid.*, párr. 7.5.3.

110 INDH, *Informe Anual 2012: Situación de los derechos humanos en Chile*, pp. 24-25.

111 Décimo noveno Juzgado Civil de Santiago, *Eichin contra Consejo de Defensa del Estado*, 10 de septiembre de 2019.

112 Corte Suprema, *Aravena contra Fisco de Chile*, 07 de septiembre de 2015.

113 Carabineros de Chile, *Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano*, 2012.

durante las movilizaciones sociales en la región de Aysén, la policía preparó un informe técnico acerca de los efectos de los perdigones de goma en el cuerpo humano. Los resultados del documento son bastante claros con respecto a la posibilidad de causar traumas oculares graves, al determinar que todas las distancias menores a 30 metros desde el punto de disparo acarrearán el riesgo de generar una lesión ocular que, según la propia policía, “podría implicar la pérdida del ojo”. De ahí que la sugerencia contenida en las conclusiones fuera utilizar la escopeta antidisturbios “a una distancia superior a los 30 mts. y apuntando siempre hacia el tercio medio inferior del cuerpo, ya que corresponde a zonas menos vulnerables o expuestas”.¹¹⁴

Las cifras de personas heridas con perdigones posteriores al 18 de octubre demuestran que esta información no fue considerada al momento de intervenir en las manifestaciones sociales a lo largo del país. Durante los primeros cinco días —es decir, entre el 18 y el 22 de octubre de 2019— la Unidad de Trauma Ocular (UTO) recibió a 29 pacientes con traumas oculares severos, 15 de los cuales presentaban un estallido ocular; en un 81% de los casos el principal mecanismo de acción fue la herida por balines de goma. Si se agregan los pacientes atendidos fuera de la Región Metropolitana o en alguna de las clínicas privadas de la ciudad de Santiago, la cifra aumenta a 43 casos.¹¹⁵

Resulta especialmente preocupante constatar, tras una revisión exhaustiva de la información disponible, la magnitud del daño ocular provocado tanto por las escopetas antidisturbios como por la acción de las carabinas lanzagases. Las víctimas al mes de marzo de 2020 —460 de acuerdo con el último registro disponible del INDH, 335 de las cuales han recibido atención en la UTO del Hospital del Salvador—¹¹⁶ provienen de al menos diez regiones distintas. Al revisar las cifras proporcionadas por la UTO,¹¹⁷ centro nacional de derivación de traumas oculares, es posible apreciar que la dispersión geográfica de las lesiones aumentó a medida que las manifestaciones se extendían a lo largo del país. Así, hasta el día 21 de octubre solo se registraban casos provenientes de las regiones Sexta y Metropolitana, sin embargo, diez días más tarde, la unidad ya atendía a víctimas derivadas desde Iquique, Caldera, Villa Alemana, Concepción y Temuco.

Además, la cantidad de lesionados durante la crisis social sitúa a

114 *Ibíd.*, p. 23.

115 Colegio Médico de Chile, *Informe atención de lesionados, una muestra de los Servicios de Urgencias Región Metropolitana, 18 al 22 de octubre de 2019*. Este documento fue presentado ante las Comisiones de Derechos Humanos del Senado y de la Cámara de Diputados, el 25 de octubre de 2019.

116 INDH, *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos, abril de 2020; Hospital del Salvador, Respuesta a solicitud de información AO010T0000739*, 16 de septiembre de 2020.

117 *Ibíd.*

Chile como un caso único en el mundo. Superior a las producidas durante los conflictos árabe-israelí o norirlandés, la abrumadora cantidad de heridas oculares provocadas por la violencia institucional fue objeto de un reciente estudio conducido por investigadores chilenos. El análisis, publicado en la prestigiosa revista *Eye*, incluyó a 259 pacientes atendidos en el Hospital del Salvador entre el 18 de octubre y el 30 de noviembre de 2019.¹¹⁸ Un 48,9% de ellos tenía discapacidad visual grave o estaba ciego en el primer examen; el trauma fue una lesión de globo abierto en el 20,3% de los casos y 13 pacientes requirieron evisceración del contenido ocular.¹¹⁹ Las conclusiones del estudio son claras con respecto a la seguridad de la munición menos letal empleada por Carabineros: “Los KIP [proyectiles de impacto cinético] parecen no ser seguros incluso si se disparan siguiendo el protocolo establecido (a más de 30 m de distancia y sin apuntar a la cabeza), dada su impredecible trayectoria y dureza”.¹²⁰

Estos antecedentes fueron informados a los mandos policiales y autoridades políticas por la UTO, el Colegio de Oftalmólogos de Chile y medios de prensa nacionales e internacionales, durante el mes de noviembre de 2019. Pese a ello, han continuado produciéndose lesiones oculares severas en el contexto de manifestaciones sociales pacíficas. Ello demuestra que las advertencias de asociaciones médicas, las decisiones judiciales y los protocolos reformados, han resultado insuficientes para frenar estas graves violaciones a los derechos humanos de los manifestantes; y tampoco han logrado despertar una reacción política a la altura de los daños provocados por la violencia institucional.

3. LA REACCIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD SECTORIAL

Junto a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las instituciones sanitarias representan el segundo grupo relevante a la hora de analizar las violaciones de derechos, como la salud y la integridad física o síquica, durante la crisis social. Esta categoría incluye a los órganos que integran la red pública de salud, comenzando por el Ministerio de Salud y abarcando a hospitales, centros de atención primaria y servicios de atención médica de urgencia (SAMU). Además, existen otras instituciones públicas que desempeñan un papel relevante en la detección de violaciones al derecho a la salud o a la integridad física. Es el caso del Servicio Médico Legal (SML), organismo clave para la coordinación y ejecución de pericias técnicas vinculadas a casos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

118 Álvaro Rodríguez y otros, “Ocular trauma by kinetic impact projectiles during civil unrest in Chile”, *Eye*, 2020.

119 *Ibid.*, p.1.

120 *Ibid.*, p.5 (la traducción es propia).

3.1 Estándares aplicables a las instituciones de salud durante la crisis social

El DIDH ofrece un amplio cuerpo normativo relacionado con el ejercicio del derecho a la salud, algunas de cuyas disposiciones son especialmente relevantes para el caso chileno. En particular, pueden mencionarse los estándares sobre accesibilidad a los servicios de salud,¹²¹ constatación oportuna de lesiones mediante exámenes médicos independientes,¹²² atención de urgencia a lesionados,¹²³ detección temprana de posibles casos de tortura u otros tratos crueles o degradantes;¹²⁴ junto al deber estatal general de regular y fiscalizar a las instituciones sanitarias, sean estas de carácter público o privado.¹²⁵

Los órganos del sistema interamericano han profundizado en algunas de estas directrices. Al resolver el caso *Poblete Vilches contra Chile* la Corte IDH se refirió a la obligación de brindar acceso universal –es decir, “a todas las personas”– a los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud, sin discriminación, y garantizando, además, el acceso a la información.¹²⁶ Tratándose de personas detenidas, los Principios y buenas prácticas sobre personas privadas de libertad en las Américas reconocen el derecho a recibir “un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo”,¹²⁷ a fin de constatar su estado de salud y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental. Este primer examen debe facilitar la detección precoz de posibles malos tratos o torturas que pudieran haber tenido lugar durante la detención o el traslado hacia el recinto policial.¹²⁸ A su vez, la CIDH se ha pronunciado sobre la violación del deber policial de prestar asistencia médica a toda persona que haya sido lesionada por las fuerzas de

121 Comité DESC, Observación General No. 14, El Derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000.

122 CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2008.

123 Naciones Unidas, *Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, 1990.

124 ACNUDH, *Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratos crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)*, 2000.

125 Corte IDH, *Poblete Vilches contra Chile*, 08 de marzo de 2018, párr. 24: “En cuarto lugar, la Corte sostuvo en el caso *Suárez Peralta* que el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud. De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente cuando de los servicios de urgencia médica se trate”.

126 *Ibid.*, párr. 121.

127 CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2008, párr. IX.3.

128 *Ibid.*

seguridad del Estado, omisión que podría en ciertos casos constituir actos de tortura.¹²⁹

Los instrumentos especializados en el delito de tortura mencionan el deber de prestar atención médica a quienes han sido detenidos por las fuerzas policiales, junto a otras obligaciones de derechos humanos que recaen sobre los profesionales de la salud. Así, el Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes –también conocido como el Protocolo de Estambul– señala que este tipo de profesionales tiene una doble obligación: un primer deber inmediato les exige promover los mejores intereses del paciente, mientras que una segunda obligación, de carácter general y contraída con la sociedad en su conjunto, supone asegurar que se haga justicia e impedir las violaciones a los derechos humanos.¹³⁰ Este segundo deber se traduce en el cumplimiento de una serie de estándares dirigidos a fortalecer la detección, investigación y eventual procesamiento de casos constitutivos de tortura. De acuerdo al Protocolo, “el médico debe asegurarse de que toda persona detenida tenga acceso a todo examen y tratamiento médicos que necesite”,¹³¹ actuando como defensor en caso de tratarse de un menor o un adulto vulnerable. Debe, además, llevar a cabo el control médico sin la presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios gubernamentales; respetar el deber de confidencialidad con relación a los datos clínicos del paciente; remitir a las autoridades encargadas, por escrito, el informe médico que dé cuenta de presuntos actos de tortura o malos tratos; e impedir que cualquier otra persona tenga acceso a él sin la autorización competente.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, o Reglas de Mandela, insisten en el deber de documentar y denunciar todo indicio de tortura –u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes– que pudiera hallarse al prestar atención médica a una persona detenida. Este instrumento destaca, además, que los profesionales de la salud deben adoptar procedimientos de seguridad apropiados para resguardar a la persona detenida de los peligros que pudiera correr.¹³²

129 Por ejemplo, en el caso *Michael Gayle versus Jamaica*, la CIDH sostuvo que la brutal golpiza recibida por la víctima por parte de las fuerzas de seguridad del Estado equivalía a tortura: “El registro mostró que, durante doce minutos, el Sr. Gayle fue golpeado con culatas, pegado y pateado con botas militares; las agresiones fueron tan severas que causaron la ruptura de su estómago, lo que resultó en su muerte dos días después. Después de la paliza, no recibió atención médica inmediata; la autopsia mostró más tarde que la atención médica inmediata y adecuada podría haberle salvado la vida”. CIDH, *Violencia policial contra afrodescendientes en Estados Unidos*, 26 de noviembre de 2018, párr. 231. En un sentido similar, véase TEDH, *Lipencov contra Moldova*, 2011.

130 ACNUDH, *Manual de investigación*, op. cit., párr. 66.

131 *Ibid.*

132 Naciones Unidas, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, 1977, regla 34.

En el plano doméstico, también, existen reglas y estándares vinculados a la atención de salud que resultan importantes para evaluar los actos ejecutados con posterioridad al 18-O. La Constitución Política de la República se refiere en su artículo 19 N° 9 al deber preferente del Estado en la ejecución de las acciones de salud. Además de este deber, le corresponde proteger el acceso libre e igualitario a las “acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Asimismo, el Estado ocupa una posición de garante de los derechos humanos de las personas que interactúan con las instituciones sanitarias. Esto ha sido reconocido explícitamente por el Plan Nacional de Derechos Humanos que, en su última versión, incluye dentro de las metas a alcanzar la capacitación de funcionarios públicos sobre sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluidas aquellas derivadas de esta posición de garante.¹³³ También ha sido reconocido ante la comunidad internacional por el propio Estado chileno, al responder en junio de 2016 al último informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura: “El derecho internacional de los derechos humanos ha planteado que una de las consecuencias de la posición de garante del Estado frente a las PPL [personas privadas de libertad] es, justamente, el deber de garantizar el ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos, el derecho a la salud”.¹³⁴

A su vez, la legislación procesal penal incorpora una serie de reglas dirigidas a la operativización de este deber general, exigible tanto a funcionarios públicos como privados. Los artículos 175 literal d), 176 y 177 del código del ramo regulan la obligación de denunciar que recae sobre “Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina (...) y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, (...) que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito”. La denuncia debe interponerse dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que los funcionarios tomaren conocimiento del hecho, bajo pena de aplicárseles una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales. Finalmente, el artículo 200 del mismo código incorpora una obligación específica respecto de pacientes con lesiones corporales significativas; en estos casos, le corresponderá al encargado del hospital o recinto privado dar cuenta al fiscal del estado del paciente, informando, además, sobre cualquier otro antecedente acerca del origen de las lesiones, el lugar y las condiciones en que la persona hubiere sido encontrada.

133 Subsecretaría de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos*, 2019, párr. 568 (“Incorporar en los contenidos de las capacitaciones de Derechos Humanos a los funcionarios/as de salud conocimientos sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como de sus obligaciones como funcionarios públicos y garantes de los derechos humanos de las personas que se atienden en los establecimientos de salud”).

134 Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), *Respuestas de Chile*, 16 de mayo de 2017, párr. 94.

3.2 Vulneraciones producidas después del 18-O

Los casos vinculados al acceso tardío o deficiente a las instituciones de salud se concentran en tres áreas. La primera corresponde a restricciones en el acceso a información sanitaria que resultaba clave para supervisar la atención de salud brindada a grupos en situación de vulnerabilidad, como ocurrió con la Defensoría de la Niñez respecto de niñas, niños y adolescentes (NNA). El segundo grupo de casos corresponde a situaciones en las que ciertos organismos públicos restringieron el acceso a la atención de urgencia en algunos puntos del país –el Hospital de Urgencia Asistencia Pública es el más relevante dentro de este segundo grupo–. Por último, una tercera serie de casos guarda relación con la ausente o incompleta constatación de las lesiones provocadas por funcionarios policiales.

3.2.1 Acceso restringido a información de salud de NNA

De acuerdo al mandato otorgado por la Ley 21.067 a la Defensoría de la Niñez, a esta institución pública de carácter autónomo le corresponde, desde 2018, velar por “la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior”.¹³⁵ En particular, y tratándose del derecho a la salud de NNA durante la crisis social, la institución identificó tempranamente como una de sus funciones la de obtener “información relevante sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en materia de salud, detenciones y otras denuncias, para la evaluación de las acciones a ejecutar”.¹³⁶ Esta tarea es concordante con lo que al respecto ha señalado la Corte IDH, entidad que ha llamado a garantizar el acceso igualitario a los servicios médicos para grupos en situación de vulnerabilidad.¹³⁷ Ello quiere decir que el acceso oportuno a información sobre la situación de salud de menores de edad durante la crisis social le habría permitido a la Defensoría cumplir con su función de garante respecto del pleno ejercicio de los derechos de NNA en el país. Por lo demás, esta es una vía de especial importancia para la detección de posibles casos de tortura u otros malos tratos provocados durante manifestaciones públicas, pues la atención sanitaria es con frecuencia la primera oportunidad que tienen las víctimas para dar cuenta de hechos de esta naturaleza frente a funcionarios civiles.

De acuerdo con la información aportada por la propia Defensoría, a partir del 19 de octubre los equipos encargados de las observaciones

135 Ley 21.067, artículo 2.

136 Defensoría de la Niñez, *Informe Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto de Estado de Emergencia y crisis social en Chile*, noviembre 2019, p.23.

137 Corte IDH, *caso Poblete Vilches contra Chile*, 08 de marzo de 2018, párr. 123.

en terreno constataron que la información sobre el estado de salud de niñas, niños y adolescentes, “que en tiempos regulares era obtenible mediante medios tanto formales o informales”, se entregaba en forma disgregada y tardía por parte de las instituciones del Estado, resultando de difícil acceso.¹³⁸

Puesto que los antecedentes que pudieran proporcionar las redes asistenciales, coordinadas por el Ministerio de Salud, resultaban fundamentales para la planificación y ejecución de las tareas propias de la Defensoría, esta institución “solicitó al Ministro de Salud la información diaria de todos los niños, niñas y adolescentes que ingresaran a centros de asistencia, pública o privada, su identificación completa, diagnóstico de ingreso y estado de salud, respecto de todas las regiones bajo estado de excepción constitucional”.¹³⁹ Sin embargo, la entrega de los antecedentes fue rechazada en atención al carácter sensible de los datos consignados en la ficha clínica de cada NNA atendido en las instituciones sanitarias. La ausencia de información se tradujo para la Defensoría de la Niñez en un obstáculo para el desempeño de sus funciones, dificultando el ejercicio de las acciones legales de protección e invisibilizando “las consecuencias que el actuar policial y de la crisis social en general pudiera tener en la salud de los niños, niñas y adolescentes en Chile”.¹⁴⁰

3.2.2 Acceso restringido al Hospital de Urgencia Asistencia Pública (HUAP)

Una segunda fuente de vulneraciones al derecho a la salud guarda relación con las dificultades en el acceso al Hospital de Urgencia Asistencia Pública, ex Posta Central. Ubicado en una zona cercana a las manifestaciones con mayor número de asistentes, el Hospital desempeña una función clave en el acceso a los servicios médicos de urgencia.

Durante la crisis social ha recibido casos particularmente graves. Entre ellos, puede mencionarse la situación del menor K.F.M.C., de 16 años y nacionalidad colombiana, impactado por diez perdigones tras el ingreso repentino de fuerzas policiales a su vivienda, la medianoche del 19 de octubre. De acuerdo a una de las querellas interpuestas ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, “el lunes 21 de octubre de 2019, a eso de las 13:00 horas, y debido a las dificultades respiratorias que estaba experimentando, K.F.M.C. fue llevado al Hospital de Urgencia Asistencia Pública (ex Posta Central). En dicho recinto asistencial, los profesionales de la salud que le prestaron atención drenaron 460cc de sangre de su pulmón, sin poder extraerle los 3 perdigones que impactaron en su pulmón”. El mismo 21 de octubre ingresó al HUAP

138 Defensoría de la Niñez, op.cit., p. 16.

139 Defensoría de la Niñez, *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto de Estado de Emergencia y crisis social en Chile*, enero de 2020, p. 18.

140 *Ibid.*, p. 62.

en estado grave el paciente A.N., golpeado en repetidas oportunidades por funcionarios de Carabineros la noche previa en las cercanías de su domicilio, falleciendo la madrugada del día 22 de octubre a causa de un edema cerebral, TEC cerrado y fractura de cráneo.¹⁴¹

En base a la información proporcionada por el INDH, medios de prensa y la declaración de la Asociación de Médicos de la Asistencia Pública (AMAP) ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, durante la tarde del día 21 de octubre y hasta la medianoche, el recinto permaneció cerrado –con cadenas en las rejas exteriores– por orden de su director. Según el “Informe de contingencia de seguridad del HUAP ante la situación de protestas masivas y disturbios”, emitido el 22 de octubre por los jefes de los departamentos de Recursos Físicos y Seguridad, “ante la grave situación existente en los alrededores del HUAP (...), el Director del Hospital dio instrucciones de resguardar la seguridad de los usuarios, personal e instalaciones, indicando la necesidad de cerrar los accesos principales del Hospital durante las horas de duración del toque de queda, y, según necesidad, en otros horarios ante la presencia de disturbios cercanos”.¹⁴²

Alrededor de la medianoche del 21 de octubre, el director del INDH declaraba a la prensa en las afueras del Hospital: “Nos encontramos con la increíble sorpresa de esta puerta que estaba con cadenas. Tratamos de ingresar, se nos prohibió, fue necesario presentar un recurso de amparo. El juez tuvo que insistir a los guardias, también esta fue una situación muy anómala; los guardias, durante minutos, no dejaron entrar al juez, quien llegó incluso a amenazar con descerrajar la cadena para poder ingresar. Nos hemos encontrado con que los guardias estaban cumpliendo una instrucción del director, que era prohibir la entrada de personas mientras él no diera la autorización”.¹⁴³

Esta información es confirmada por el informe de contingencia de seguridad del HUAP emitido al día siguiente: “El día 22 de octubre, a las 00:02 horas, se presentan funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Se consulta al Sr. director quien indica que no se autoriza su ingreso”.¹⁴⁴ En el mismo sentido se pronunció la Asociación de Médicos de la Asistencia Pública durante su presentación ante la Cámara de Diputados: “El 21 de octubre del 2019, (...) el Hospital de Urgencia Asistencia Pública (HUAP), conocido popularmente como

141 La gravedad de estos hechos motivó la interposición de una querrela por el Consejo de Defensa del Estado, en razón del delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte.

142 Hospital de Urgencia Asistencia Pública (HUAP), *Informe de Contingencia de Seguridad del HUAP ante la situación de protestas masivas y disturbios*, 22 de octubre de 2019.

143 24Horas.cl: “INDH denuncia no poder hacer ingreso a la Posta Central”, 22 de octubre de 2019.

144 Hospital de Urgencia Asistencia Pública (HUAP), *Informe de Contingencia de Seguridad del HUAP ante la situación de protestas masivas y disturbios*, 22 de octubre de 2019.

Posta Central, cerró sus puertas por primera vez en sus 108 años de servicio ininterrumpido a la comunidad. La orden de cierre dada por el director (S) Dr. Luis Carrasco se mantuvo por aproximadamente 8 horas, hasta que producto de un recurso de amparo presentado por el INDH, el Juez del 7° Juzgado de Garantía, Daniel Urrutia, y el Director del INDH, Sergio Micco, se apersonaron a las puertas de la Posta Central exigiendo su apertura”.¹⁴⁵

Pese a la confirmación de estos hechos por al menos tres fuentes distintas –los medios de prensa apostados en el lugar, las declaraciones ofrecidas por el director del INDH y el informe del propio HUAP–, el Hospital de Urgencia remitió un documento a la Comisión de Salud refutando el cierre del recinto. De acuerdo con esta declaración, “nunca se cerró la Posta Central, (...) no es efectivo que se impidiera el acceso a organizaciones de derechos humanos y/o a la prensa”.¹⁴⁶

Desde la perspectiva del DIDH los hechos ocurridos desde la tarde del 21 de octubre hasta la madrugada siguiente son de particular gravedad. Por instrucción del director del hospital se habría restringido el acceso al principal centro hospitalario de la zona, asignándose a los equipos de seguridad privada la tarea de determinar qué pacientes presentaban evidencias de heridas o se encontraban en una situación de gravedad.¹⁴⁷ Adicionalmente, se impidió el acceso a funcionarios del INDH –incluido su director–, y se entorpeció la labor judicial.

Incluso si el cierre del hospital hubiese respondido a la intención de proteger la integridad de los funcionarios y pacientes, tal decisión debió haber sido adoptada tras un estricto examen de legalidad. Al respecto, el PIDESC se refiere en su artículo 4 a la posibilidad de limitar el acceso a derechos económicos y sociales como la salud. Para ello es necesario que la decisión del Estado se adopte por medio de una ley, sea compatible con la naturaleza del derecho que se busca restringir, y tenga como única finalidad “promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Además, el Comité DESC ha precisado que en aquellos casos donde las limitaciones obedecen al mantenimiento del orden público, el Estado “tiene la obligación de justificar esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el

145 Asociación de Médicos de la Asistencia Pública (AMAP), *La Posta Central en el Estallido Social y el plan de acompañamiento al HUAP, Aportes de la Asociación de Médicos de la Asistencia Pública (AMAP) a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados*, marzo 2020, p.2.

146 HUAP, *Respuestas a las intervenciones efectuadas por las personas que se indican, en la sesión de 02 de marzo de 2020 de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados*, 2020, p. 3.

147 La AMAP cuestionó duramente tales hechos durante su presentación ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados: “Los guardias de seguridad decidieron a su arbitrio qué pacientes tenían prioridad para ser atendidos en el Hospital y quiénes no. Nótese la gravedad de estos hechos: trabajadores, sin ser funcionarios de la salud, sin tener facultad y competencia alguna, careciendo totalmente de preparación en la materia, suplantaron por orden del Sr. Luis Carrasco la labor de los profesionales de la salud”. AMAP, op.cit. p. 3.

artículo 4^o,¹⁴⁸ lo que no ha ocurrido en el presente caso: al transformar la accesibilidad en una cuestión meramente facultativa, entregada al arbitrio del equipo privado a cargo de la seguridad del Hospital, la decisión administrativa adoptada resulta incompatible con la naturaleza del derecho a la salud.

También llama la atención que, habiendo transcurrido poco menos de un año, la investigación iniciada para esclarecer los graves hechos ocurridos en la ex Posta Central permanezca sin ofrecer resultados públicos. Las conclusiones arrojadas por el sumario requerido por el ministro de salud de la época no han sido compartidas con la opinión pública, pese a haberse instruido ese procedimiento el 28 de octubre de 2019, “con la finalidad de establecer los hechos y si fuera procedente determinar eventuales responsabilidades administrativas”.¹⁴⁹

Lamentablemente, la solicitud de acceso a la información pública dirigida al HUAP, con el propósito de recabar información sobre los hechos ocurridos los días 21 y 22 de octubre de 2019, fue respondida por su director en los siguientes términos: “No es posible entregar la información requerida por ser un número elevado de antecedentes que requieren distraer indebidamente la atención de los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales. Téngase presente que [este hospital] ha ocupado todos sus recursos materiales y humanos en administrar de la mejor forma el desafío de la emergencia sanitaria”.¹⁵⁰

3.2.3 La constatación de lesiones

Atendida la relevancia de la constatación de lesiones, tanto para la provisión de asistencia médica oportuna a las personas detenidas, como por su función clave en la detección proactiva de lesiones que pudieran constituir tortura, sorprende la falta de una regulación ajustada a estándares internacionales de derechos humanos en el caso chileno.¹⁵¹

De acuerdo con estos últimos, toda persona detenida tiene el derecho a recibir un examen médico apropiado y gratuito “con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o

148 Comité DESC, Observación General No. 14, El Derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000, párr. 28.

149 HUAP, *Respuestas a las intervenciones efectuadas por las personas que se indican, en la sesión de 02 de marzo de 2020 de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados*, 2020, p. 4. Véase, también, *La Tercera*: “Ministro Jaime Mañalich instruye sumario por cierre de Posta Central a funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos”, 22 de octubre de 2019.

150 HUAP, *Respuesta a solicitud de información AO069T0000408*, 01 de octubre de 2020.

151 La Corte IDH se ha referido a este deber de regulación en los siguientes términos: “los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad”. Corte IDH, *Poblete Vilches contra Chile*, 08 de marzo de 2018, párr. 119.

prisión”.¹⁵² En la misma línea, los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas reconocen, en favor de toda persona privada de libertad, el derecho “a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión (...), con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental”.¹⁵³ La misma obligación ha sido reconocida por la Corte IDH, organismo que ha señalado, respecto de las personas privadas de libertad, que “la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana”.¹⁵⁴ A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido a la violación de la prohibición de tortura a causa de una atención médica negligente o deficiente.¹⁵⁵

El proceso de constatación de lesiones resulta especialmente relevante tratándose de personas que han sido detenidas en el contexto del empleo de armamento menos letal de parte de las policías, pues el Estado tiene la obligación de resguardar la salud e integridad física de quienes ejercen su derecho a reunirse en forma pacífica. Por lo demás, al producirse una detención en el marco de protestas sociales, las autoridades estatales —en el caso chileno, Carabineros de Chile— ejercen un control total de la persona que se encuentra bajo su custodia. Es por esta razón que la Corte y Comisión Interamericanas han enfatizado la posición de garante en la que se encuentra el Estado respecto de los detenidos, correspondiéndole garantizar los derechos a la vida e integridad personal.¹⁵⁶

En el caso chileno, los hechos acontecidos a partir del 18-O han revelado serias deficiencias en el proceso de constatación de lesiones de las personas detenidas. Tales carencias se traducen en el incumplimiento del deber de regular adecuadamente el procedimiento, junto a omisiones adicionales relativas a la forma en que policías y funcionarios de la salud lo ponen en práctica.

Vale la pena destacar la incorporación de la constatación de lesiones al Plan Nacional de Derechos Humanos. En ese instrumento se

152 Naciones Unidas, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, 9 de diciembre de 1988, párr. 24.

153 CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2008, párr. IX.3.

154 Corte IDH, *caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 102.

155 TEDH, *Sarban contra Moldova*, 4 de octubre de 2005. Véase también, Corte IDH, *caso Vera Vera y otra contra Ecuador*, 19 de mayo de 2011, párr. 77.

156 CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, párr. 343; Corte IDH, *Quispialaya Vilcapoma contra Perú*, 23 de noviembre de 2015, párr. 117.

sostiene que el Estado chileno velará por la incorporación del Protocolo de Estambul “en el procedimiento de constatación de lesiones de los establecimientos de salud”, registrando y monitoreando su aplicación.¹⁵⁷ Además, el Plan incorpora dentro de las medidas a implementar, la “capacitación de peritos y peritas de los departamentos técnicos de clínica, salud mental y tanatología para la adecuada aplicación de los protocolos de Minnesota y Estambul”.¹⁵⁸

Sin embargo, la regulación vigente del procedimiento de constatación de lesiones dista de velar por la incorporación de los estándares ofrecidos por el DIDH. El instrumento más relevante acerca de este tema es el Protocolo interinstitucional de constatación del estado de salud de detenidos en el proceso penal, suscrito en 2013 por la ministra de Justicia de la época, el presidente de la Corte Suprema, el Fiscal y el Defensor Nacionales, junto a las máximas autoridades de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Este documento proporciona información relevante sobre la coordinación entre las distintas instituciones mencionadas con la finalidad de “asegurar procedimientos eficientes”.¹⁵⁹

A partir de 2013, esta serie de instituciones públicas modificó sustancialmente el modo en que venía practicándose hasta ese momento la constatación de lesiones. El diagnóstico fue el siguiente: “Actualmente, todo sujeto detenido –tenga o no signos de lesiones– es sometido a revisión física en un servicio de asistencia pública (...). Gran cantidad de detenidos circulan por estos establecimientos de salud, muchas veces con la sola finalidad de obtener un certificado que señale ‘sin lesiones evidentes’, con el costo asociado en tiempo, de recursos humanos y materiales, amén del retardo en otras atenciones de real urgencia”.¹⁶⁰ Es decir, las autoridades de la época consideraron a la constatación de lesiones como una especie de carga para los servicios públicos y las policías, por lo que debía modificarse con la finalidad de alcanzar “un uso racional de este recurso, reservándolo para aquellos casos en que realmente sea útil y necesario”.¹⁶¹

Ello se tradujo en la inversión de la regla empleada hasta 2013. A partir de ese año, y de acuerdo con el protocolo, dejó de considerarse a la constatación de lesiones como un procedimiento obligatorio respecto de toda persona detenida por la policía (“por regla general, no procederá realizar constatación de lesiones al detenido adulto”). En su lugar, se introdujo una nueva figura: el acta de estado de salud, a cargo

157 Subsecretaría de Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos*, 2019, párr. 559.

158 *Ibid.*, párr. 566.

159 Ministerio de Justicia, *Convenio sobre Protocolo Interinstitucional de constatación del estado de salud de detenidos en proceso penal*, 08 de julio de 2013, p.2.

160 *Ibid.*

161 *Ibid.*, p.3.

de los funcionarios policiales que hubieran practicado la detención. El protocolo consideró una serie de excepciones entre las que se encontraban los adolescentes detenidos, quienes presentarían lesiones o enfermedad evidentes, se negaren a firmar el acta de salud o solicitaran atención médica. Sin embargo, la decisión de optar por la regla general o alguna de las excepciones fue asignada exclusivamente a la policía (“en el momento de la detención, las policías tendrán que optar entre la regla general o los casos excepcionales”).

Tales irregularidades fueron observadas y comentadas por el Subcomité para la Prevención de la Tortura tras su visita a Chile durante 2016. Refiriéndose a las deficiencias detectadas, sostuvo: “El Subcomité obtuvo información de parte del Estado parte de que las personas privadas de libertad eran examinadas por personal médico. El Subcomité pudo constatar con preocupación, que esto se cumplía solo en aquellos casos donde la lesión era elocuente. La mayoría de las personas privadas de libertad entrevistadas en comisarías y centros penitenciarios refirieron una ausencia en el contacto con personal de salud”.¹⁶² Además, este organismo criticó duramente el procedimiento introducido en el sistema procesal penal chileno a contar de 2013. Al referirse al acta de salud, cuestionó el hecho de que este documento sea completado en dependencias de la policía tras un interrogatorio del detenido, pues de acuerdo con los estándares de derechos humanos tanto la valoración de las lesiones como el interrogatorio médico deben ser “de competencia exclusivamente médica”.¹⁶³

Todos los puntos conflictivos, ya identificados en 2016, reaparecieron durante la última crisis social chilena. Existen múltiples denuncias relativas a la falta de cuidados médicos oportunos respecto de heridos por agentes del Estado;¹⁶⁴ hostigamiento de parte de las policías para conseguir que las víctimas declararan que no presentaban lesiones;¹⁶⁵ dilación injustificada del traslado de los detenidos que presentaron lesiones a los centros de salud;¹⁶⁶ junto a las violaciones de los deberes de confidencialidad durante y después de la constatación de lesiones.¹⁶⁷

Estos últimos casos resultan especialmente graves, pues la evaluación y detección proactiva de lesiones, que compete exclusivamente

162 Subcomité para la Prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), *Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, 16 de mayo de 2017, párr. 50.

163 *Ibid.*, párr. 51.

164 Véase INDH, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social*, Santiago, 2019, pp. 38 y ss.

165 ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile*, 30 de octubre al 22 de noviembre de 2019, párr. 67.

166 Uno de los casos más graves corresponde al de J.M., sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Coquimbo (RIT 5393-2019, RUC 1910053550-8), que motivó la interposición de querrelas por el Consejo de Defensa del Estado y el INDH.

167 ACNUDH, *op.cit.*, párr. 81.

a funcionarios de la salud, se realizó en presencia de los funcionarios policiales que trasladaron a los detenidos. Durante su visita a Chile, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos recibió información consistente acerca de esta clase de irregularidades: “La ACNUDH fue informada de que cuando se certificaban las lesiones en las instalaciones del hospital, los exámenes se realizaban con detenidos esposados y en presencia de Carabineros”.¹⁶⁸

Pese a su gravedad, esta no es una vulneración nueva en el caso chileno. Ya en 2016 el Subcomité tuvo la oportunidad de constatarla durante su visita: “Al Subcomité le preocupa gravemente que cuando un detenido concurre a un hospital para la constatación de lesiones, este es examinado en presencia del agente que lo lleva, contraviniéndose así el derecho inalienable a la intimidad y la confidencialidad médica”.¹⁶⁹

Finalmente, debe mencionarse que las vulneraciones del derecho a la confidencialidad suelen extenderse hasta más allá del examen clínico. Tanto el informe del Subcomité como los reportes aportados por instituciones de derechos humanos con posterioridad al 18-O, dan cuenta de la entrega en mano del reporte de salud a los funcionarios de Carabineros, en lugar de dirigirlo al juez competente en un sobre cerrado. Esa conducta lesiona la privacidad de los datos médicos de la persona detenida e incrementa el riesgo de posibles represalias.

4. LOS APORTES DE LA SOCIEDAD CIVIL

4.1 Estándares internacionales

La regulación internacional del derecho humano a la salud también incluye referencias a la prestación de asistencia sanitaria por organizaciones de la sociedad civil, como ha podido observarse en el caso chileno.

En primer lugar, es importante destacar que el deber de proveer soporte vital y apoyo médico a heridos durante las manifestaciones sociales recae preferentemente en el Estado y no en las organizaciones de la sociedad civil. Es el Estado el que se ha comprometido, frente a la comunidad internacional, a reconocer los derechos a la salud y la integridad física y síquica de todas las personas y a disponer las condiciones que permitan su adecuado ejercicio. En esta línea, la Corte IDH ha sostenido, respecto de las prestaciones médicas de urgencia, que “los Estados deben contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes, (...) así

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), *Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*, 16 de mayo de 2017, párr. 52.

como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas”.¹⁷⁰

Por su parte, las directrices del ACNUDH acerca del uso de armamento menos letal por encargados de hacer cumplir la ley, sostienen que la policía no debe negar arbitrariamente el acceso a las ambulancias a ningún herido o afectado,¹⁷¹ como tampoco interferir con quienes brindan asistencia médica.

Los estándares internacionales exigen, como un primer paso, establecer con claridad que las obligaciones estatales no desaparecen ni se atenúan por la existencia de brigadas sanitarias organizadas por la sociedad civil. Luego, en caso de que tales organizaciones existan y colaboren con la atención de heridos durante movilizaciones sociales, les corresponderá a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley la tarea de coordinar y cooperar con sus integrantes.¹⁷² Es importante que las policías no interfieran con los primeros auxilios brindados por el personal médico, ya sea que actúe oficialmente o como voluntario, y le permita en todo momento un acceso rápido y seguro a las personas heridas.¹⁷³

4.2 Casos identificados después del 18-O

Las entidades encargadas de supervisar el ejercicio de los derechos humanos, los medios de prensa, los tribunales de justicia y las organizaciones sociales han proporcionado antecedentes preocupantes sobre la interferencia de Carabineros en las actividades del personal médico. Funcionarios de esa institución “habrían disparado o arrojado gases lacrimógenos mientras prestaban asistencia de primeros auxilios a los manifestantes heridos”.¹⁷⁴

Los casos se presentan en dos áreas: la intromisión de la policía en la actividad de los paramédicos y ambulancias que forman parte de la red pública de salud, y el ataque directo a los integrantes de brigadas sanitarias voluntarias organizadas por miembros de la sociedad civil.

Con respecto a la primera situación descrita, el caso más preocupante corresponde al de A.C., quien sufrió un ataque cardíaco mientras participaba en una manifestación en la ciudad de Santiago, el 16 de noviembre de 2019, y que terminaría falleciendo horas después. De acuerdo con la información difundida por los funcionarios que le prestaron los primeros auxilios en el lugar, la ambulancia, a causa de la acción de Carabineros, experimentó serias dificultades para acceder al

170 Corte IDH, *Poblete Vilches contra Chile*, 08 de marzo de 2018, párr. 121.

171 ACNUDH, *Guía de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y armas menos letales en el cumplimiento de la ley*, 2020, párr. 4.6.2.

172 *Ibid.*, párr. 4.6.3.

173 *Ibid.*, párr. 6.3.6.

174 ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile, 30 de octubre al 22 de noviembre de 2019*, párr. 115.

sitio en el que se encontraba el paciente. Al día siguiente, el presidente de la Asociación de Funcionarios SAMU¹⁷⁵ publicó un comunicado alertando sobre las agresiones recibidas por el equipo médico de parte del “personal de Fuerzas Especiales de Carabineros, a través del carro lanza agua, gases lacrimógenos y disparos de armas antidisturbios. Esta agresión impidió dar los cuidados necesarios al paciente, debiendo retrasarse la reanimación y forzando la evacuación del paciente, debido a la inseguridad de la escena”.¹⁷⁶

Si bien el paciente presentaba una patología cardíaca preexistente, la interferencia de la policía dificultó la entrega de asistencia médica oportuna dada la gravedad de su situación clínica. Junto con ello, puso en riesgo la seguridad de los equipos sanitarios, que resultaron lesionados a causa de los balines percutidos por las fuerzas policiales.¹⁷⁷

La acción de Carabineros también ha afectado gravemente el accionar de las asociaciones civiles que otorgan cuidados médicos de urgencia durante las manifestaciones. De acuerdo a información recabada por el INDH, “equipos de salud de la Cruz Roja Chilena, voluntarios del Servicio de Atención Médica de Urgencia (SAMU) de Santiago y otros grupos de estudiantes de carreras de salud y voluntarios/as (...), han denunciado ataques directos con perdigones, gases lacrimógenos y el carro lanza agua por parte de Carabineros mientras se encontraban atendiendo a personas heridas, aun cuando contaban con las identificaciones que permitían distinguirlo a distancia”.¹⁷⁸

Los relatos de las víctimas, recibidos por el Instituto, apuntan en una dirección similar. Sostienen que funcionarios de Carabineros han disparado a pesar de que el personal de primeros auxilios se encontraba prestando atención médica en la vía pública, y han arrojado gases lacrimógenos hacia lugares claramente identificables como espacios de atención de salud: “Como resultado de las agresiones, recibió un impacto en su rostro en el lado derecho, lo que le habría producido gran sangramiento. Lo trasladaron a un punto de asistencia de salud (...), el que se encontraba claramente identificado. Sin perjuicio de esto, los funcionarios de Carabineros habrían disparado bombas lacrimógenas al interior del recinto”.¹⁷⁹

Por último, los Tribunales de Justicia también han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interferencia indebida de las fuerzas policiales en las acciones de las brigadas sanitarias. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción de amparo interpuesta en favor de J.O., voluntario

175 Servicio de Atención Metropolitana de Urgencias.

176 Servicio de Atención Metropolitana de Urgencias (SAMU), Comunicado Asociaciones SAMU Metropolitano, 16 de noviembre de 2019.

177 Ibid. Véase, además, *TeleTrece*.cl: “SAMU denuncia que funcionaria fue lesionada por disparo de perdigón de Carabineros”, 16 de noviembre de 2019.

178 INDH, *Informe Anual*, op. cit., p. 42.

179 Ibid., p. 40.

de la comisión de movilizaciones de la Cruz Roja, reprimido por las fuerzas policiales mientras apoyaba las labores de asistencia sanitaria desarrolladas en las inmediaciones de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile (FECH), el 20 de octubre de 2019.¹⁸⁰

Asimismo, y pese a que la Segunda Sala de la Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto por brigadistas de salud de la Universidad de la Frontera, dos ministros estuvieron por señalar que “La fuerza pública debe atenerse a los protocolos que la rigen para este tipo de intervenciones, y facilitar las actuaciones de los voluntarios que prestan asistencia médica de urgencia a los participantes en las manifestaciones de que se trata”.¹⁸¹

Como puede observarse a partir de los antecedentes reseñados, existe información concordante y aportada por distintas fuentes que da cuenta de un comportamiento irregular de parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las cuales habrían entorpecido la labor de los funcionarios de la salud durante las atenciones de urgencia brindadas a personas lesionadas en las protestas iniciadas el 18-O.

5. EL DERECHO A LA SALUD TRAS EL 18-O CHILENO

5.1 Las medidas de reparación

Las graves violaciones a los derechos a la salud e integridad física y síquica recogidas en este capítulo dan cuenta de un enorme daño entre las víctimas, que incluyen no solo a quienes figuran como víctimas directas en las distintas acciones judiciales, sino también a miembros de sus familias y comunidades, a los cientos de funcionarios públicos que han debido atenderles en los servicios de la red de salud, y a los voluntarios que han colaborado con las atenciones de urgencia en los lugares donde se han desarrollado las protestas con un mayor número de asistentes. Como señalaran representantes de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio Médico ante el Congreso, a inicios de 2020, “hay un trauma (...). Por ello, se requerirá un trabajo de reparación especializada de parte del Estado”.¹⁸²

Los sistemas de protección de los derechos humanos ofrecen estándares que pueden orientar la tarea estatal de reparación del daño causado. Dentro de las recomendaciones ofrecidas por la CIDH tras

180 Corte de Apelaciones de Santiago, *Joaquín Olivos contra Carabineros de Chile y otros*, 07 de noviembre de 2019.

181 Corte Suprema, *Nicolás Wong y otros contra Carabineros de Chile IX Zona Araucanía Control Orden Público*, 05 de febrero de 2020.

182 Cámara de Diputados, *Comisión de Salud, Actas de la Sesión 103ª*, 7 de enero de 2020, pág. 6.

su visita a Chile, se encontraba la de “proveer y coordinar con urgencia programas de reparación integral a las víctimas, especialmente en los casos de tortura con violencia sexual y lesiones oculares por parte de agentes de las instituciones responsables”.¹⁸³ La Comisión también aportó indicadores que debiesen guiar la implementación de tales programas. Dichos programas deben tener cobertura nacional, ser integrales e incorporar las dimensiones sicosocial y de salud mental de las víctimas y sus familiares.¹⁸⁴ A ello debe sumarse lo indicado por la Corte IDH en su jurisprudencia, donde se señala que esta atención debe ser gratuita, incluir el suministro de cualquier medicamento necesario, y ofrecerse en instituciones con la formación y especialización adecuadas.¹⁸⁵ Además, otros organismos han agregado que tales medidas de reparación y rehabilitación deben prestarse atendiendo a las necesidades diferenciadas de ciertos grupos de la población, como ocurre con las niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia institucional o las mujeres que han sufrido violencia sexual ejercida por agentes del Estado.¹⁸⁶

La respuesta en materia de reparaciones por violaciones al derecho a la salud durante la crisis se ha concentrado en las víctimas de trauma ocular, además de algunos programas específicos dirigidos a NNA.¹⁸⁷ Con fecha 16 de diciembre de 2019, el Servicio de Salud Metropolitano Oriente dictó la Resolución Exenta N°1080, que aprobó el “Programa Integral de Reparación Ocular”. Por medio de este instrumento, las autoridades sanitarias dirigidas por el Ministerio de Salud autorizaron la contratación de personal adicional y la incorporación de recursos técnicos y de infraestructura a la UTO que funciona al interior del Hospital del Salvador. El programa contempla la implementación de una unidad de rehabilitación y baja visión coordinada por el Servicio de Oftalmología del hospital, junto con la incorporación de distintos profesionales encargados de la rehabilitación sicosocial y psicológica de los pacientes (un trabajador

183 CIDH, *Comunicado número 18: CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares*, 31 de enero de 2020, párr. 8.6.

184 *Ibid.*

185 Corte IDH, *caso González y otras (Campo Algodonero) contra México*, párr. 549.

186 Véase, Comité de los Derechos del Niño (CDN), *Observación General número 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 2011.

187 De acuerdo al informe del ACNUDH, “el Gobierno proporcionó información sobre programas de asistencia a víctimas siendo implementados por el Instituto Nacional de la Juventud y la Subsecretaría de la Niñez. Estos dan apoyo y contención psico-social a jóvenes entre 15 y 19 años, víctimas de violaciones de derechos humanos durante el contexto de las protestas. Asimismo, se ha establecido un programa para prestar ayuda psicológica gratuita, consultas de salud y canalización de denuncias para niños y niñas”. ACNUDH, *op.cit.*, p. 108.

social, un terapeuta ocupacional, un profesional a cargo de la salud mental y un odontólogo especialista en rehabilitación, entre otros). El programa considera una inversión total de cuatrocientos millones de pesos en recursos físicos y catorce millones mensuales para financiar a los nuevos funcionarios que se integrarán a la unidad.

No obstante, la pandemia provocada por el coronavirus ha enlentecido la ejecución de este tipo de medidas de reparación. El director jurídico del INDH alertó sobre la suspensión de diligencias importantes para las causas de violaciones a los derechos humanos, entre las que se incluyen los peritajes ejecutados por el Servicio Médico Legal en casos donde se investiga la tortura u otros malos tratos graves. Una preocupación similar han manifestado las víctimas de trauma ocular organizadas en distintas organizaciones sociales –como la Coordinadora de Víctimas por Trauma Ocular, que agrupa a víctimas y sus familiares–, quienes han denunciado los retardos en las citas médicas presenciales, así como la falta de profesionales encargados de brindar apoyo psicológico a las víctimas, dado que el programa implementado por el MINSAL solo consideró a un funcionario para la totalidad de casos. Inclusive, hay víctimas que señalan haber recibido únicamente la primera atención.¹⁸⁸ Además, los pacientes critican la concentración geográfica de los servicios ofrecidos, pues, pese a que las víctimas residen en distintas regiones del país, el programa se ejecuta en dependencias de la UTO, localizada en la Región Metropolitana.¹⁸⁹ Por último, también se han evidenciado problemas respecto a las licencias médicas, medicamentos y declaraciones de invalidez.¹⁹⁰

Frente a este escenario, el gobierno ha anunciado la creación de un proyecto de reparaciones para las víctimas de la crisis social, el que a la fecha no ha sido presentado.¹⁹¹ Desde el Poder Legislativo, la presidenta del Senado informó, el 16 de octubre de 2020, sobre la constitución de una mesa para contribuir a la verdad, justicia y reparación de las violaciones cometidas, incorporar recursos al Programa PRAIS –que recibiría a las personas que sufrieron mutilaciones graves– y, además, dictar una ley de reparación para evitar futuras violaciones a los derechos humanos.¹⁹²

188 Diario UChile: “Sin una reparación integral: las víctimas de trauma ocular a diez meses del *estallido social*”, 24 de agosto de 2020.

189 Cooperativa.cl: “Víctimas de trauma ocular denunciaron ‘complicaciones’ en programa de ayuda del Gobierno”, 30 de enero de 2020.

190 Cooperativa.cl: “Gobierno admite falencias en implementación de programa de ayuda a víctimas de trauma ocular”, 25 de agosto de 2020.

191 BiobioChile.cl: “Gobierno anuncia proyecto para reparar a las víctimas del *estallido social*”, 13 de septiembre de 2020.

192 CNNChile.cl: “*Estallido social*: Anuncian mesa de verdad, justicia y reparación a víctimas de violaciones a los DD.HH.”, 16 de octubre de 2020.

Para evaluar el modo en que la pandemia puede impactar en la ejecución de las medidas de reparación, es necesario diferenciar dos clases de obligaciones. Las primeras, denominadas de realización progresiva y tradicionalmente asociadas a derechos sociales como la salud, se vinculan al máximo de recursos disponibles por los Estados y suponen la ejecución de medidas durante un determinado periodo de tiempo. Sin embargo, el Comité DESC ha sido claro en señalar que tal realización progresiva “no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Parte”.¹⁹³ Por el contrario, los Estados han contraído también obligaciones de carácter inmediato en lo que respecta al derecho a la salud, “como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2 PIDESC) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de [su] plena realización”.¹⁹⁴ Esas medidas “deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud”.¹⁹⁵

Por tanto, la emergencia sanitaria por la que atraviesa el país no puede traducirse en una suerte de inmovilidad estatal. Antes bien, es una obligación para el Estado chileno utilizar el máximo de sus recursos disponibles para implementar medidas específicamente dirigidas a reparar el daño causado a contar del 18-O, de un modo integral, no discriminatorio, con cobertura a lo largo del país y respetando la prohibición de regresividad que rige en materia de derechos sociales. Esto último significa que, en el caso de medidas que hayan comenzado a implementarse antes de la pandemia, corresponde a las autoridades estatales justificar de un modo satisfactorio cualquier paralización o retroceso.

5.2 Las garantías de no repetición

Los antecedentes recabados a lo largo de este capítulo dan cuenta de una serie de violaciones graves al derecho a la salud de un sector considerable de la población. Muchas de ellas no son nuevas en el país. Antes bien, las movilizaciones sociales no han hecho más que descender el velo y permitir a una mayor cantidad de personas observar aquello que, previo a la crisis social, ocurría en los márgenes de la sociedad chilena. Además, muchas de las vulneraciones están conectadas con una desigualdad social preexistente, que ha determinado que el acceso a las prestaciones de salud y el respeto por la integridad física y síquica se experimenten en Chile de manera diferenciada.

193 Comité DESC, *op.cit.*, párr. 31.

194 *Ibid.*, párr. 30.

195 *Ibid.*

Al dirigirse a la Asamblea General de Naciones Unidas, a fines de septiembre de 2020, el presidente Sebastián Piñera esbozó una explicación de los hechos ocurridos a partir del 18 de octubre de 2019. Al respecto, sostuvo: “A fines del año pasado surgieron en Chile (...) importantes movimientos sociales. Ciudadanos de todas las edades, de todos los sectores, salieron a las calles a demandar mejores pensiones, mejor salud, mejor educación. Y también menores desigualdades. Todas estas demandas, a pesar del progreso anterior, se venían acumulando desde hacía muchas décadas”.¹⁹⁶ Este diagnóstico debiese traducirse, a corto plazo, en medidas efectivas que apunten a las desigualdades estructurales del sistema chileno, asentando las reformas sobre el reconocimiento de la titularidad universal de derechos sociales como la salud. La crisis social ofrece una enorme oportunidad para abordar no solo las violaciones a los derechos humanos que han tenido lugar a partir de octubre, sino también para implementar transformaciones que operen como verdaderas garantías de no repetición de los hechos posteriores al 18-O, y den respuesta a las legítimas demandas que, desde hace décadas, reclaman los movimientos sociales en Chile.

RECOMENDACIONES

Se recomienda al Estado de Chile:

1. Implementar un mecanismo independiente de evaluación del armamento no letal utilizado por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, cuya intervención resulte obligatoria en forma previa a la adquisición de nuevas armas y que deba pronunciarse, periódicamente, sobre los efectos de esta clase de armamento en la salud humana. Este organismo debiese aportar antecedentes específicos sobre los efectos en grupos especialmente vulnerables.
2. Eliminar en las tareas de control del orden público las municiones de caucho que han provocado los casos de trauma ocular severo, en línea con las recomendaciones dictadas por organismos internacionales y con las mejores prácticas observadas en el extranjero.
3. Reformar los protocolos aplicables a la constatación de lesiones, asegurando que toda persona detenida tenga acceso

¹⁹⁶ UN WebTV, Chile, *Debate general, 75° periodo de sesiones*, 22 de septiembre de 2020.

oportuno y confidencial a los servicios de salud de urgencia. En particular, resguardar la reserva de la información constatada por los funcionarios de la salud, asegurando que no sea accesible a los funcionarios policiales. Dicho proceso de reforma debe incluir al Instituto Nacional de Derechos Humanos y a organizaciones de la sociedad civil.

4. Incorporar un mecanismo transparente y auditable de manera independiente, por medio del cual Carabineros de Chile informe a las autoridades civiles acerca de la composición del armamento menos letal que utiliza en cada una de las manifestaciones públicas. Dicha información debe pronunciarse acerca de la cantidad y composición de las municiones percutadas, la concentración de los irritantes químicos empleados en el agua, y el tipo de armamento desplegado en cada oportunidad.
5. Investigar las graves restricciones en el acceso a hospitales públicos producidas durante la crisis social. En especial, difundir los resultados del sumario iniciado en el Hospital de Urgencia Asistencia Pública y las medidas disciplinarias adoptadas en consecuencia.
6. Instruir a los funcionarios que se desempeñan en los servicios de urgencias sobre la detección proactiva de lesiones, según los criterios del Protocolo de Estambul, asegurando, además, que los casos en que se sospeche la existencia de tortura u otros malos tratos sean catastrados y, de inmediato, notificados a las autoridades sanitarias. Garantizar que la información estadística con respecto a los casos identificados sea de carácter público.
7. Reformar la institucionalidad en salud de manera de reducir las desigualdades históricas y garantizar la naturaleza universal de este derecho, en línea con los estándares internacionales de derechos humanos aplicables al mismo.
8. Asegurar el respeto y protección del derecho a la salud, por medio de la reparación integral de las víctimas de la violencia institucional. El Estado chileno debe asegurar la elaboración, implementación y fortalecimiento de programas y planes de rehabilitación física y psicológica, que aseguren el acceso a medicamentos y a profesionales idóneos en condiciones de igualdad.

**SEGUNDA PARTE:
EVALUACIÓN AGENDA
SOCIAL Y PROMESAS
BAJO EL PRISMA DE LOS
DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES**

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE

Antonia Rivas¹

1 Con la fundamental colaboración de los ayudantes Camila Reed Torres y Sebastián Vergara Vígorena.

SÍNTESIS

La presente sección aborda los principales avances y retrocesos en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas durante el periodo en revisión (junio de 2019-agosto de 2020). Se le da particular énfasis a aquellos hechos relacionados con estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. Se analizan los acontecimientos vinculados con el derecho a la igualdad ante la ley (en especial en lo referido a la situación de violencia que se vive en el sur de Chile) y el derecho a la autodeterminación y participación política en relación con el proceso constituyente. Finaliza el capítulo con recomendaciones al Estado para adecuar su actuar a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas, nueva Constitución, abuso policial, Ley Antiterrorista, mujeres indígenas.

INTRODUCCIÓN

Esta sección del *Informe 2020* tiene por objetivo mostrar los hechos más relevantes ocurridos en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, entre junio de 2019 y agosto de 2020, con un énfasis especial en temas importantes seleccionados desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. Los derechos que se analizarán dicen relación con el derecho a la autodeterminación y participación política, en especial respecto al momento constituyente que se vive en el país y la participación de los pueblos indígenas en ese proceso. Asimismo, se analizará el derecho a la igualdad ante la ley en el contexto del complejo ambiente de violencia que se vive en la región de La Araucanía, en particular en lo relativo al actuar policial, a la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo mapuche, a la situación de los presos mapuche en huelga de hambre y sus demandas y a la represión de la protesta social, entre otros temas, para lo cual analizaremos casos paradigmáticos ocurridos durante este periodo.

Como es sabido, el Estado de Chile reconoce la existencia de nueve pueblos indígenas (o etnias como lo denomina la ley) en la Ley 19.253 o Ley Indígena: aimaras, quechuas, atacameños o licán antai, collas, diaguitas, rapanui, mapuche, kawashkar o alacalufe y yámana o yagán. Sin embargo, es necesario señalar que hay otros pueblos que han solicitado su reconocimiento legal y ser incorporados al listado oficial en respeto al principio de la autoidentificación consagrado en el Convenio 169 de la OIT, entre ellos, los changos² en el norte del país y selk'nam³ en la zona austral. La tramitación de dichos proyectos se encuentra pendiente en el Congreso. En este sentido, como señalamos en el *Informe 2019*, se aprobó en el Parlamento el reconocimiento al pueblo tribal afrodescendiente.

2 Bole­tín 11188-17, modifica la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile.

3 Bole­tín N°12.862-17. Proyecto de ley que modifica la Ley de Desarrollo Indígena (LDI) 19.253 de 1993, en orden a reconocer al pueblo Selk'nam como etnia indígena de Chile.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), el censo de 2017 estimó que en Chile se reconocen pertenecientes a algunos de los pueblos originarios antes enunciado un total de 2.158.792 personas, lo que representa un 12,8% de la población total del país. De ellos, el grupo más grande pertenece al pueblo mapuche con 1.754.147 personas (9,9% de la población nacional), seguidos por aimaras (156.754 personas), diaguitas (88.474 personas), quechuas (33.868 personas) y atacameños o licán antai (30.369 personas). Después se encuentra el pueblo Colla (20.744 personas), polinésico rapanui (9.399 personas), y los australes pueblos kawashkar (con 3.448 personas), y yagán o yámana (1.600 personas).⁴

La complejidad de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado chileno es muy profunda, tal como hemos constado en *Informes* anteriores, y ha estado marcada por la desconfianza, dado el incumplimiento de los acuerdos y promesas por parte de los gobiernos y la falta de entendimiento mutuo. Ha contribuido a ello la tendencia de los gobiernos de las últimas décadas a enfocar la política pública referida a los pueblos indígenas como un asunto de pobreza y desarrollo, por un lado, y de seguridad pública, por el otro, y no de respeto y reconocimiento de sus derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. La evidencia más paradigmática de esta omisión es la ausencia de reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos en la Constitución actual.

Chile se encuentra en un momento constituyente crucial que, esperamos, se verá reflejado en una nueva Constitución. Una de las características importantes que tendrá este proceso es que deberá contar con escaños reservados para los pueblos indígenas en la futura Convención Constitucional. Esto permitiría la concreción del derecho de participación política consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas, como se detallará más adelante en este *Informe*.

El período que se comenta ha estado marcado, sin duda, por la crisis social iniciada en octubre de 2019, que hizo patente la situación de extrema desigualdad que se vivía en el país y la urgente necesidad de hacer cambios institucionales estructurales. En las multitudinarias manifestaciones que se realizaron fueron protagonistas las banderas mapuche o *wenufoye*⁵ –que flameaban como símbolo de la exigencia de mayor dignidad y un nuevo pacto para Chile–, así como las imágenes del rostro de Camilo Catrillanca como emblema de la injusticia y el abuso policial, y los carteles que pedían una nueva Constitución plurinacional. Esto se ve reafirmado por encuestas de opinión realizadas el

4 Instituto Nacional de Estadística. *Censo de población 2017*.

5 La Tercera: “La joven bandera mapuche se toma las calles”, 23 de octubre de 2019.

último tiempo, que darían cuenta de un alto apoyo de la ciudadanía a las reivindicaciones de los pueblos indígenas, en especial, respecto al reconocimiento constitucional y las demandas territoriales y culturales.⁶

Como es de público conocimiento, estas masivas manifestaciones dejaron cientos de personas heridas, mutiladas y fallecidas, producto de la violencia desmedida del actuar policial, lo que generó profunda preocupación y motivó la visita de diversos organismos internacionales que emitieron informes sobre la situación. En las manifestaciones se pudo apreciar el uso indebido de gases lacrimógenos y del carro lanza aguas, utilización de vehículos policiales para amenazar a la gente, incluso en algunos casos atropellando a las personas. También hubo denuncias por uso excesivo de la fuerza, por torturas y por abusos a personas estando bajo custodia policial.

Estos hechos generaron una profunda inquietud en la comunidad internacional, lo que provocó la reacción de diversos organismos internacionales que manifestaron su preocupación por lo que estaba ocurriendo en el país y llamaron a revisar los protocolos institucionales de Carabineros para evitar el uso indiscriminado de la fuerza. Lamentablemente, como lo hemos venido constatando hace varios años en este *Informe* en relación al actuar policial con miembros del pueblo mapuche, ya no es novedad que, en el contexto de la protesta social, se vulneren los derechos humanos por parte de Carabineros al hacer uso indebido e ilegítimo de la fuerza. El actuar policial durante las protestas de 2019 en Chile fue un triste y lamentable recordatorio de la manera en que Carabineros enfrenta la protesta social y su incapacidad para garantizar la seguridad pública.

La decisión gubernamental, tanto en el *estallido social* como frente a la protesta mapuche, de tratar las demandas sociales como un asunto exclusivamente de seguridad pública ha traído consigo más violencia innecesaria y radicalización de la protesta. Esto ha tenido graves consecuencias para las personas, por ejemplo, el caso de una niña de 9 años que fue herida por un perdigón en un ataque a camiones, incendios de maquinarias y viviendas y otras vulneraciones a los derechos humanos. Nos parece inaceptable que la respuesta estatal frente a la protesta mapuche no sea el diálogo político, sino la utilización desmedida de la fuerza y la criminalización de quienes reivindican sus derechos.

Es importante señalar que lo anterior no implica desconocer o restar importancia a la grave situación de violencia que se vive en las regiones de La Araucanía, Los Ríos y Bío Bío –en los territorios que el pueblo mapuche denomina el Wallmapu–, donde se confunden las aspiraciones del pueblo mapuche por recuperar sus territorios ancestrales y poner fin

6 Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, *Estudio sobre Relaciones Interculturales (ELRI) Informe Segunda Ola 2019*.

a problemas ambientales en sus tierras, con graves actos de violencia que ponen en riesgo a la población en general y cobran víctimas que nada tienen que ver con el conflicto. Ni Carabineros ni el Ministerio Público han sido eficaces en la persecución de estos delitos, a pesar de las amplias facultades de investigación con las que cuentan y, en muchos casos, no se ha podido identificar a los responsables, ni tampoco existe claridad respecto a la autoría de los hechos. Sin embargo, como lo hemos señalado en *Informes* previos, estimamos que la respuesta a este conflicto social, en una zona donde el equilibrio es frágil, no es la militarización o la entrega de más facultades discrecionales a la policía. Esa respuesta no hace más que incrementar las tensiones y radicalizar la protesta, demostrando la incapacidad de este gobierno –y de los anteriores– para resolver las demandas históricas del pueblo mapuche.

En los últimos meses, la situación de violencia en el sur del país, especialmente en la región de La Araucanía, mostraba signos importantes de recrudecimiento al producirse múltiples ataques incendiarios que, según el gobierno, serían responsabilidad de grupos mapuche. Estos sucesos tendrían su origen fundamentalmente en la falta de diálogo y respuesta de parte del Ejecutivo, en relación con la huelga de hambre de presos mapuche que solicitan el cambio de sus medidas cautelares durante el tiempo que dure la pandemia. Los presos piden, además, que se respete y haga efectivo el Convenio 169 de la OIT, en especial la aplicación de su artículo 10, donde se establece que debe darse preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento, teniéndose en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los integrantes de pueblos indígenas que hayan sido condenados.

A estos hechos se suman, como se ha documentado en *Informes* anteriores, importantes vulneraciones al derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación (como los montajes preparados por Carabineros en los casos *Huracán* y *Catrillanca*,⁷ allanamientos ilegales, acusaciones de tortura y malos tratos por parte de Carabineros, aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista, entre otras transgresiones), que hacen urgente, junto a otras medidas, una reformulación de Carabineros de Chile.

1. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS POLÍTICOS

Como hemos señalado en *Informes* anteriores, Chile es uno de los pocos países en Latinoamérica que no cuenta con ningún tipo de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, a pesar del alto porcentaje de la población que se declara perteneciente a pueblos originarios,

7 CiperChile.cl: "Furia desatada en Carabineros: fuera de control y sin piloto", columna de Mónica González, 12 de noviembre de 2019.

según el último censo, y de la persistencia de la demanda de muchos movimientos por dicho reconocimiento. Ello ha significado un nuevo incumplimiento de los compromisos que los gobiernos han contraído con esos pueblos desde el retorno de la democracia al país y, por cierto, desde muchísimo antes. Se han presentado múltiples proyectos de ley, que van desde el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas hasta proyectos que buscan el reconocimiento de la plurinacionalidad, incluyendo derechos colectivos territoriales, políticos y culturales.

A pesar de que pareciera existir una tendencia favorable en la opinión pública⁸ y en los miembros del Congreso Nacional⁹ respecto al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, aún persisten voces, sobre todo en sectores de la derecha, que temen al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y ponen énfasis en el carácter unitario del Estado nación, negándose a reconocer la pluralidad y diversidad de la sociedad chilena.¹⁰

El *estallido social*, que se inició en octubre de 2019, tuvo entre sus consecuencias un pacto político denominado “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, firmado en noviembre, en el que se establece la realización de un plebiscito para que la ciudadanía decida si quiere iniciar un proceso para la redacción de una nueva Constitución y elegir el tipo de órgano constituyente. Las alternativas son una Convención Constitucional totalmente electa o una Convención Constitucional Mixta que incluye representantes electos y representantes del Congreso. Si bien el acuerdo no se refirió a la participación de los pueblos indígenas en este proceso, posteriormente la Cámara de Diputados aprobó, en diciembre de 2020, una propuesta de modificación constitucional que establecía la participación indígena en la discusión de la nueva Constitución, cualquiera fuera el tipo de órgano constituyente que resultara ganador. Sin embargo, no se definió cuál sería el número de escaños reservados ni tampoco el mecanismo específico para llevar adelante dicha elección. En los párrafos que siguen, se detallarán los asuntos principales que deben ser tenidos en consideración en este debate.

La inclusión de escaños reservados permitiría hacer realidad la concreción del derecho de participación política consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas, y podrá convertirse en un primer e importante paso para el inicio de una nueva relación entre estos pueblos y el Estado de Chile.

8 Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, *Estudio sobre Relaciones Interculturales (ELRI) Informe Segunda Ola 2019*.

9 “Percepciones y opiniones de los y las congresistas de Chile. Capítulo 1: Pueblos Indígenas”, *Laboratorio Constitucional UDP*, Universidad Diego Portales, 2018.

10 Diario Financiero: “Las 169 sombras de Chile”, columna de Fernando Barrios, 2 de octubre de 2020.

El derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas ha establecido como principios generales, la participación y la representación política, tanto en sus propios asuntos y prioridades de desarrollo, debido al derecho a la autodeterminación, como también en relación con la sociedad nacional. De esta forma, el Convenio N° 169 de la OIT señala en su artículo 6.1, letra b), el deber de los gobiernos de “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”. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 5 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. Y luego, en el artículo 18 establece un principio general de participación y representación política, señalando que “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.”

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama contra Nicaragua*, estableció claramente la existencia de un sistema de representación especial para los pueblos indígenas en los asuntos políticos, que no puede ser monopolizada por los partidos políticos. En la sentencia de la Corte el tribunal dictaminó que la representación debe ser proporcional a la relación de la población indígena con la del conjunto del país y así también que debe realizarse de acuerdo con sus propias costumbres y mediante sus instituciones:

“225. La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.¹¹”

11 *Caso Yatama contra Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Vale la pena recalcar que se escuchó en audiencia en la Cámara de Diputados, a representantes de los pueblos indígenas quienes, en general, han convenido en la importancia de determinar el número de escaños en base al Censo nacional, y en la necesidad de que todos los pueblos cuenten con representación y que dicha representación sea paritaria. Sin perjuicio de ello, al interior de los pueblos indígenas, al igual que en el pueblo chileno, hay posturas diversas respecto al proceso constituyente. Organizaciones como la Asociación de Municipalidades con Alcaldes Mapuche (AMCAM) –integrada hoy por nueve municipios de la zona centro sur del país– y el Consejo de Pueblos Atacameños han participado activamente en el debate, en cambio otras organizaciones, en particular del pueblo mapuche, como la Coordinadora Arauco Malleco (CAM) y el Consejo de Todas las Tierras¹² rechazan el proceso señalando que se debe poner énfasis en la lucha de la recuperación territorial y de la libre determinación.¹³

Recién el 7 julio de 2020, el Senado aprobó en general la reforma constitucional que establece escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas en el eventual órgano constituyente, pero sin precisar el mecanismo, excepto que se tratará de un distrito único y que dichos escaños se asignarán por mayoría simple. Actualmente, se discuten en la Comisión de Constitución del Senado diversas indicaciones presentadas al proyecto Boletín 13.129-07 para determinar definitivamente el mecanismo de implementación de los escaños. Es urgente y necesario que el mecanismo de participación se encuentre aprobado y sea conocido antes del plebiscito del 25 de octubre, como una señal de confianza y respeto con y para los pueblos indígenas.

Nos parece que la participación de los pueblos indígenas en la discusión de la nueva Constitución es un paso fundamental y prometedor y marca el inicio de una inédita forma de relacionarse con dichos pueblos y se hace cargo de la urgencia de legitimidad y representación que debe tener esa Carta Fundamental. Sin embargo, es esencial prestar atención a ciertos elementos prioritarios que deben iluminar la discusión sobre los escaños reservados para que esa integración se ajuste a los estándares internacionales sobre participación y representación indígena. Estos elementos son, a grandes rasgos, la definición sobre las normas relativas a la cantidad de escaños que se deben reservar, quiénes pueden votar y quiénes pueden ser candidatos o candidatas y cómo se elegirán dichas candidaturas. Los asuntos por discutir son complejos y técnicos, y serán fundamentales para garantizar efectivamente la participación plena y

12 El Mostrador.cl: “Aucán Huilcamán manifiesta sus dudas respecto a los escaños reservados para los pueblos originarios: ‘No es la ruta política adecuada’”, 4 de febrero de 2020.

13 Ciper Chile.cl: “Estado Plurinacional: el debate mapuche actual”, columna de Fernando Pairican, 20 de diciembre de 2019.

real de los pueblos indígenas. De ello depende, a nuestro juicio, la legitimidad de la futura Constitución en relación con los pueblos indígenas. De otro modo, estaremos frente a una nueva promesa incumplida.

Todas las indicaciones presentadas al proyecto de reforma constitucional se agrupan en el Boletín 13.129-07, del 13 de agosto de 2020. En términos generales, la propuesta de los parlamentarios oficialistas tiene como puntos centrales la creación de un registro electoral indígena que determinará el número final de escaños, los que se descontarán del número total de constituyentes; que las candidaturas deben ser por listas o de independientes, y la creación de un distrito indígena único nacional. Por su parte, la oposición presentó varias indicaciones que coinciden en establecer escaños reservados en proporción a las cifras del Censo 2017, que dichos asientos se sumen al número de constituyentes ya establecidos, y que las candidaturas deben ser individuales y no por listas.

Como hemos señalado, los resultados del último Censo 2017 señalan que el 12,8% de la población del país se considera perteneciente a alguno de los nueve pueblos indígenas que son reconocidos, respetando el principio de la autoidentificación, conforme al derecho internacional de los pueblos. De esta manera, el Convenio 169 de la OIT en relación a la identificación de los pueblos indígenas, señala en el artículo 1.2 que “2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. Más claro aún es lo que señala la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas: “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones de cada pueblo indígena”. En la Ley 19.253 o Ley Indígena, también se establece ese principio al señalar en el artículo 2 letra c que son indígenas “Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas”. De esta manera, la ley agrega a ser hijo de padre o madre indígena o tener apellido indígena consagrados en las letras a) y b), el principio de la autoidentificación.

De este modo, conforme a dicho principio, lo correcto sería establecer que el 12,8% (o un número aproximado) de los integrantes de la futura Convención Constituyente sean indígenas, como lo han señalado las indicaciones de la oposición, especialmente la propuesta liderada por el senador Huenchumilla. La cantidad total de escaños reservados para los pueblos indígenas debiese reflejar el peso que la población indígena tiene en la población nacional. Sin embargo, las propuestas que se han presentado desde el oficialismo, y que se discuten en estos días,

plantean que dicho número no debiera ser determinado por el Censo, sino por el registro nacional de la Conadi (que contempla un número mucho menor, cercano a las 970 mil personas), debiendo crearse para estos efectos un Registro Electoral Indígena, donde, además, quien desee inscribirse deberá acreditar la condición de perteneciente a algún pueblo indígena.

Siguiendo esta propuesta, según el número de inscritos en este registro especial, se determinaría la cantidad de escaños que se reserven. Chile Vamos propone un proceso de inscripción de solo 30 días después de la publicación de la reforma. Como las exigencias para inscribirse deberán ser acreditadas por la Conadi del mismo modo que se entregan actualmente las “calidades indígenas”, ello probablemente redundará en un padrón más reducido y, en consecuencia, menos asientos reservados. Es necesario precisar que el registro nacional de la Conadi tiene por objetivo, como señala la página web de ese organismo, “postular a distintos beneficios que otorga el Estado” y que no todas las personas que se autoidentifican como pertenecientes a un pueblo indígena se encuentran obligadas a inscribirse en dicho registro para ser reconocidas como tales.

Creemos que la obligación de acreditar la calidad indígena inscribiéndose en un registro especial, vulnera el derecho a la auto identificación e impone trabas adicionales a los ciudadanos que se identifiquen como pertenecientes a los pueblos indígenas. La idea de establecer un número variable de asientos indígenas sería, además, discriminatoria puesto que crearía una exigencia adicional de participación electoral a los indígenas, que no se aplica al resto de la población no indígena, más aun considerando que rige actualmente el voto voluntario. Es contraria, también, a lo señalado en el artículo 6 de la Ley Indígena que plantea que son los censos poblacionales los que “determinan la población indígena en el país” y no entrega a la Conadi la facultad de establecer un padrón electoral.

Adicionalmente, es fundamental considerar que nos encontramos en un momento complejo por la crisis sanitaria producto de la pandemia, donde los requisitos y plazos que determinan el proceso constituyente deben ser considerados con criterios más flexibles y que incentiven la participación de las personas. Incorporar la necesidad de contar con un padrón especial indígena, haría muy difícil la inscripción para los miembros de pueblos indígenas, sobre todo la de aquellos que viven en zonas más aisladas.

Parece mucho más sencillo y acorde, además, con los principios de derecho internacional de los pueblos indígenas ya identificados, la opción de no generar un padrón especial, sino que para el día de la elección estuvieran disponibles dos votos: el de las candidaturas indígenas y el de la elección nacional. De esta forma se respeta el principio de

la autoidentificación y se les da valor a las aspiraciones políticas de los pueblos indígenas como colectividades, cuestión en que coinciden todas las indicaciones presentadas por parlamentarios de la oposición.

Respecto a la pregunta de quiénes pueden ser candidatos, las dos propuestas concuerdan en que deben acreditar su pertenencia a algún pueblo indígena, tener patrocinio de comunidades inscritas en la Conadi y domicilio en donde se ubique el pueblo originario que se busca representar. En la oposición, en las propuestas de los senadores Latorre y Navarro se incluyen también a los miembros de los pueblos changos y selk'nam que se encuentran en proceso de reconocimiento oficial. El senador Insulza también presentó una indicación para incorporar al pueblo afrochileno, recientemente reconocido como pueblo tribal.

Junto con ello, se debe determinar si las candidaturas serán por listas –como en el caso de los candidatos no indígenas, y tal como se señala en el proyecto oficialista– o individuales. Parece más adecuado que las candidaturas sean individuales, para no replicar la lógica de los partidos políticos, respetar el derecho a la autodeterminación y las formas propias de elegir, en la medida que un proceso constituyente nacional lo permita.

Otra cuestión a ser considerada es el número de asientos que debieran ser establecidos y si estos deben restarse a los asientos ya definidos o adicionarse a los 155, en el caso de la Convención Constitucional, o 172 en la Convención Mixta, como han propuesto parlamentarios de la oposición. A nuestro parecer, el número de representantes indígenas debe ser sumado y no descontado al número de constituyentes, respetando así el criterio de proporcionalidad respecto a las cifras del Censo, de manera de no afectar los acuerdos ya tomados sobre la reforma constitucional de la Ley 21.200 y permitir una mayor cantidad de representantes, pudiendo estar presentes todos los pueblos indígenas reconocidos a la fecha. Si los escaños de los pueblos indígenas se restan de aquellos ya establecidos en la elección general, implicaría que probablemente los partidos políticos buscarían incidir en aquellos distritos donde “perderían” escaños, lo que dejaría sin efecto una de las características fundamentales de este proceso, esto es, que sean los propios pueblos, mediante sus sistemas de representación y reconociendo sus derechos colectivos a la representación, los que determinen sus candidatos.

Creemos, además, que el número de asientos debe quedar determinado desde el momento que se apruebe la reforma constitucional que establece los escaños reservados. Asimismo, a nuestro juicio, el registro especial presentado por el oficialismo, vulnera no solo el principio de autoidentificación, sino también el principio de igualdad, puesto que coloca a los pueblos originarios en desventaja respecto a los miembros no indígenas de la convención, cuyo número ya se encuentra determinado y no se condiciona a la cantidad de inscritos en el registro electoral.

En la propuesta de Rincón (DC), Huenchumilla (DC), Quintana (PPD), de Urresti (PS) y Araya (independiente) se fijan 23 escaños para la Convención Constitucional y 25 para la Mixta. En cambio, en las indicaciones de Latorre (RD) y Navarro (PP), esas cantidades aumentan en 25 y 27, respectivamente. Los cupos indígenas en estas dos propuestas son cupos adicionales a los que las dos opciones de órgano constituyente ya consideran, que son 155 para la opción constituyente y 172 para la mixta. Estimamos que las propuestas de la oposición en esta materia se acercan mucho más al ideal de la autoidentificación y reconocen los derechos políticos de los pueblos indígenas en los términos que la Corte IDH ha señalado.

Además, se debe establecer el número de escaños que le corresponderán a cada pueblo, cuestión que debe ser determinada asegurando dos principios fundamentales: que todos los pueblos estén reconocidos con al menos un/a representante y que se respete el carácter mayoritario del pueblo mapuche. En la propuesta liderada por el senador Huenchumilla, que pareciera concitar más adhesiones, se establece la siguiente propuesta de distribución según pueblo: aimara 2, quechua 1, lican antay o atacameño 1, diaguita 1, colla 1, rapanui 1, mapuche 14, kawaskhar 1, yagán o yámana 1. Otra propuesta presentada por la senadora Goic, establece que serán 24 los constituyentes indígenas, 2 por cada pueblo, excepto el pueblo mapuche que contará con 6 representantes.

Junto con ello, se debe determinar si las candidaturas serán por listas (como en el caso de los candidatos no indígenas) o individuales, y si se exigirán requisitos adicionales, como ser patrocinados por comunidades o asociaciones indígenas. Se encuentra aprobada la idea de que existirá un distrito único donde se elegirán constituyentes por mayoría simple, independiente del territorio donde resida el elector, lo que es muy adecuado para responder al problema de la diáspora indígena, que hace que las personas pertenecientes a esos pueblos no siempre residan en sus lugares de origen. Para el pueblo mapuche, la propuesta de la oposición plantea adecuadamente el establecimiento de cinco macrozonas territoriales, de manera de garantizar la vinculación a los territorios y, a la vez, la importante presencia mapuche en las zonas urbanas.

Es fundamental que cualquiera de las propuestas aprobadas considere el criterio de paridad, como varias de ellas lo señalan, pues se trata de un principio general que debe iluminar toda la integración del órgano constituyente.

Por último, también deberá resolverse cómo se dará cumplimiento al deber de consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT. A nuestro juicio, la consulta debiera darse respecto a la propuesta de la nueva Constitución y sus contenidos, en relación al reconocimiento constitucional y los derechos de los pueblos indígenas, antes de que

sea sometida al proceso de plebiscito ratificatorio o de salida de este proceso constituyente.

Respecto al contenido de la nueva Constitución en relación a los derechos de los pueblos indígenas, el acuerdo de noviembre señalaba que se trabajaría sobre una “hoja en blanco”, indicando que la convención mixta o constitucional “tendrá por único objeto redactar la nueva Constitución”, sin agregar cuál sería su texto de referencia o las limitaciones que tendrían los convencionales en su redacción. Sin embargo, la reforma constitucional que hizo realidad el acuerdo del 24 de diciembre incorporó un inciso final a ese nuevo Art. 135 de la Constitución, que expresamente limitaba las facultades de la convención en la redacción del “texto de la Nueva Constitución”, señalando que el texto “deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De este modo, se debe tener en consideración que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes respecto a los derechos de los pueblos indígenas, deben ser considerados e incorporados en la nueva Constitución. Este marco jurídico debe iluminar el reconocimiento que se haga a los pueblos indígenas, dotando de contenido las discusiones sobre los derechos colectivos que deben ser reconocidos en dicha Constitución. De este modo, el catálogo de derechos que consagra el Convenio 169 OIT, que se ve enriquecido con la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, y las sentencias de la Corte IDH, constituyen un cuerpo jurídico ineludible al momento de discutir los derechos que deberán ser incluidos en la nueva Constitución. Nos parece que ese es el piso mínimo a ser tomado en cuenta en el debate constitucional.

Chile vive un momento constituyente crucial que puede ser el primer paso para sentar las bases de un nuevo entendimiento entre los pueblos indígenas y el Estado. La relación entre Estado y pueblos indígenas ha estado marcada por una negativa sistemática a reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas, desconociéndolos como sujetos políticos dotados de capacidad para definir sus prioridades de desarrollo. Esta es una oportunidad única para dejar de lado una historia de marginalización, invisibilización y abuso, transitando desde una sociedad que se declara homogénea hacia una sociedad plurinacional, que celebra y reconoce la diferencia. Dicho reconocimiento no debe estar enfocado solo en la diversidad cultural, sino que tiene que ser más profundo, reconfigurando cómo se concibe al Estado, estableciendo derechos colectivos sobre sus territorios, autonomía y autodeterminación, derechos políticos, reconocimiento de sus instituciones y justicias propias. Todo, con atención a las posibles colisiones de derechos fundamentales que pudiesen afectar especialmente a las mujeres indígenas.

La compleja situación que se vive hoy en regiones del sur del país, a la que nos referiremos en el siguiente apartado, requiere acciones urgentes en el corto plazo, pero para poder enfrentarla desde sus causas más profundas es necesario iniciar un proceso de verdad, reparación y justicia cuyo punto de partida puede ser la discusión de una nueva Constitución.

2. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN

A nuestro juicio, muchas de las situaciones y casos que ocurren actualmente en la región de La Araucanía y en otras regiones del sur del país, se refieren a vulneraciones al derecho de igualdad ante la ley y no discriminación. Como hemos afirmado en *Informes* precedentes, esas vulneraciones están vinculadas con la tensa y compleja relación de miembros del pueblo mapuche con las fuerzas policiales y el Poder Judicial. Esto, en un contexto de protesta social mapuche por reivindicaciones territoriales y políticas, huelgas de hambre de presos mapuche, numerosos actos de violencia y la legítima necesidad de investigar y sancionar delitos, el anuncio de envío de tropas militares, el uso desmedido y desproporcionado de la fuerza policial, actos de racismo por parte de grupos de civiles organizados y la aplicación de la Ley Antiterrorista contra miembros del pueblo mapuche.

Los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación son considerados como fundamentales en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y han sido desarrollados latamente en la legislación y la jurisprudencia tanto nacional como internacional. Uno de los elementos fundamentales es la prohibición de discriminación basada en la etnia de la persona o grupo. Las situaciones que se describirán a continuación en este *Informe* incumplen los estándares internacionales e implican graves violaciones al derecho a la igualdad ante la ley y a la justicia y no discriminación de los pueblos indígenas, en especial respecto del pueblo mapuche.

Como hemos señalado, en la actualidad en las regiones mencionadas del sur del país, existe un preocupante clima de violencia, donde confluye la ejercida por Carabineros y la de grupos que cometen graves delitos, principalmente incendios –que hoy no solo afectan a empresas forestales, sino también a particulares– y cortes de caminos, acciones, en apariencia, de apoyo a los presos mapuche y a las demandas por reivindicaciones territoriales y de otra índole.

Consideramos fundamental el esclarecimiento de todos estos hechos, investigando y sancionando a los responsables, mediante sistemas de investigación eficientes, que se lleven a cabo en estricto respeto del debido proceso, los derechos de los pueblos indígenas y las necesidades de las víctimas. Es fundamental contar con una policía que tenga la

capacidad de investigar de manera eficiente, conociendo las características de la zona y del conflicto, pero que entienda que su actuar debe enmarcarse dentro de protocolos establecidos, con un uso legítimo y proporcional de la fuerza y siempre en el marco del respeto a los derechos humanos. Ello permitirá establecer quienes son en realidad los responsables de la violencia y los atentados, determinar de si se trata solo de grupos del pueblo mapuche o si también participan grupos que no pertenecen a este pueblo y que se beneficiarían del clima de tensión y violencia, como se ha denunciado por algunos medios.¹⁴

A continuación, nos referiremos a algunos casos o situaciones específicas que permiten dar cuenta de manera ejemplar de esta situación, pero que no pretenden abarcar todo lo ocurrido en el período.

2.1 Huelga de hambre de presos mapuche

En mayo de 2020, 27 presos mapuche condenados y procesados en distintos recintos penitenciarios del sur del país por diversos delitos, iniciaron una huelga de hambre demandando, en el marco de la pandemia, el arresto domiciliario en sus comunidades mientras dure la crisis sanitaria. Las principales demandas planteadas por los huelguistas se relacionan con el cambio de medidas cautelares y el cumplimiento de sus condenas en sus comunidades, en virtud de los artículos 9 y 10 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y la Declaración de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas. Adicionalmente, se solicitan cambios en el reglamento penitenciario 518 del Ministerio de Justicia, de 1998, incorporando el enfoque intercultural en el cumplimiento de la prisión preventiva y las condenas, de tal forma que se garantice el acceso a la salud y a la educación intercultural, el ejercicio del derecho a las actividades culturales y espirituales, la posibilidad de realizar trabajos culturalmente pertinentes en las cárceles, entre otras demandas en la misma línea.

El Convenio 169 de la OIT, al respecto, establece en el artículo 9 que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

14 CiperChile.cl: "El informe reservado de Carabineros sobre los grupos de autodefensa de agricultores en la zona mapuche", 5 de agosto de 2020.

El artículo 10, por su parte, señala:

3. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
4. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Estos artículos del Convenio 169 de la OIT han estado en el centro de la discusión sobre las obligaciones del Estado respecto a los privados de libertad que pertenecen a pueblos indígenas, y han servido de sustento para las negociaciones entre los presos mapuche y el gobierno. Ello es muy relevante, a nuestro juicio, puesto que pone a dicho instrumento internacional en la primera línea de la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones del Estado, y permite tener una discusión sobre la necesidad de adecuar las normativas internas y sectoriales nacionales a los estándares sobre derechos de los pueblos indígenas.

Actualmente, los presos se encuentran en los Centros Penitenciario de Angol, Temuco y Lebu. El caso del machi Celestino Córdova Tránsito, autoridad tradicional del pueblo mapuche, condenado en 2014 a 18 años de presidio, en el crimen contra el matrimonio Luchsinger-Mackay, ha concitado el interés de los medios y ha estado en el centro de las negociaciones con el gobierno. Tras más de dos meses en huelga, el miércoles 15 de julio en la noche, Córdova fue trasladado al Hospital Intercultural de Nueva Imperial, debido al “crítico estado de salud” en el que se encontraba, incrementando la presión al gobierno. El machi ha solicitado que se le permita cumplir parte de su condena en su *rewe*, lugar donde ejerce la labor espiritual y cultural en su comunidad. Sin embargo, el 13 de agosto, la Corte Suprema rechazó dicha solicitud,¹⁵ realizada por medio de un recurso de amparo, por estimar que no existía ilegalidad, por 4 votos contra 1. El voto disidente del ministro Brahm estimó que era pertinente acceder a conceder una breve visita a su *rewe* de manera de dar cumplimiento a los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, señalando que ello no era contrario a la legislación vigente, que permite el arresto domiciliario y puede incluso ser considerado parte de la adaptación social del recurrente.¹⁶

Es importante señalar que la solicitud de Córdova y de los otros presos se enmarca en una decisión gubernamental y del Poder Judicial de decretar la salida provisoria de presos –tanto aquellos en espera de condena como condenados en diversos penales nacionales–, en medio de

15 Cooperativa.cl: “Corte Suprema rechazó que Celestino Córdova vaya a su *rewe*”, 13 de agosto de 2020.

16 Rol 84210-20, Corte Suprema.

la crisis sanitaria del coronavirus, por la cual se han decretado cambios de las medidas cautelares de cerca del 10% de la población carcelaria¹⁷ para algunos delitos, mediante la adopción de la Ley 21.228, de 2020, de Indulto General Conmutativo y la aplicación del arresto domiciliario. Es por ello que la situación de los presos mapuche, a los que se les ha negado los cambios de las medidas cautelares, contrasta con las medidas tomadas con el resto de la población penal no mapuche. Esta disparidad se hace más evidente cuando se observa que los funcionarios policiales vinculados con delitos cometidos contra miembros del pueblo mapuche se encuentran, en la actualidad, con medidas de privación de libertad fuera de los centros penitenciarios, lo que constituye un trato discriminatorio.

Esta no es la primera vez que presos mapuche realizan una huelga de hambre como mecanismo de protesta, la que ha sido utilizada como forma extrema de presión y denuncia frente a juicios que, según se ha estimado, vulneran el debido proceso, por la aplicación de la Ley Antiterrorista y por el actuar arbitrario de Carabineros. El mismo machi Celestino Córdova ha llevado adelante seis huelgas de hambre desde que fue imputado. Por ejemplo, en 2018 protagonizó otras dos huelgas demandando el permiso para visitar su rewe por 48 horas, petición a la que finalmente accedió el Ministerio de Justicia.

A medida que el estado de salud del machi se iba agravando y frente a la amenaza de empezar una huelga de hambre seca por la falta de respuesta del gobierno, se iniciaron las conversaciones entre el machi, sus representantes y el Ejecutivo. El Ministerio de Justicia fue el encargado de llevar adelante el proceso, acompañado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Colegio Médico, la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y algunos miembros del Congreso Nacional. Luego de varias ofertas y contraofertas, finalmente el 18 de agosto se llegó a un acuerdo donde se estableció que, luego de deponer la huelga de hambre, el machi “permanecerá en el Hospital Intercultural de Nueva Imperial hasta su plena recuperación”. Posteriormente, Córdova podría ser trasladado a un Centro de Educación y Trabajo, CET, y se le autorizaría una salida a su rewe, por un máximo de 30 horas cada vez. El acuerdo incluyó, también, algunos puntos sobre la situación de los otros huelguistas privados de libertad, entre ellos, que se les facilitaría la postulación a Centros de Educación y Trabajo y la solicitud de revisión de medidas cautelares a través de la Defensoría Penal Pública. Se incluye también en el acuerdo la creación de módulos especiales para pueblos originarios en establecimientos donde exista alto número de privados de libertad mapuche, para la generación de un programa de reinserción

17 RadioJGM.cl: “Se agudiza la huelga de hambre de presos mapuche”, 3 de julio de 2020.

con pertinencia cultural. Y finalmente, se compromete la continuación del diálogo sobre la modificación de los reglamentos penitenciarios de manera de hacerlos culturalmente pertinentes en la reinserción laboral y educacional, la atención en materia de salud y asistencia espiritual.¹⁸

El acuerdo entre el machi y el gobierno fue muy bien recibido y celebrado por los diversos organismos que siguieron con atención la huelga de hambre y por aquellos que participaron en su suscripción.¹⁹ El gobierno también lo celebró, señalando que valoraban haber logrado un equilibrio entre el cumplimiento de la condena y el respeto por la cultura del machi y los tratados internacionales.²⁰ Sin embargo, 27 presos mapuche (en Lebu, en Angol y en Temuco) no depusieron su huelga de hambre. Señalaron que los acuerdos suscritos por el machi Celestino no son vinculantes para ellos e iniciaron una mesa de diálogo con el Ministerio de Justicia para la revisión de sus demandas. Estas consisten, principalmente, en la aplicación íntegra del Convenio 169 de la OIT, la garantía de revisión de sus medidas cautelares y que el gobierno se desista de las querellas presentadas, según señaló el vocero de los presos políticos de Angol, Rodrigo Curipan. El 22 de agosto, se anunció mediante una declaración pública que no habían llegado a un acuerdo y que los presos de Angol iniciarían una huelga de hambre seca hasta que el gobierno aceptará sus demandas.²¹ Luego se sumaron los presos mapuche de Lebu. El ministro de Justicia, por su parte, expresó que el gobierno intentará continuar el diálogo, pero que las peticiones de los huelguistas exceden “lo que Gendarmería o este Ministerio pueden hacer. Es decir, van más allá de la normativa legal y reglamentaria que existe”.²²

El 23 de agosto, la Corte de Apelaciones de Temuco estableció el rechazo a la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público y decretó el arresto domiciliario de Víctor Yovanni Marileo Ancapi, Fermín Eduardo Márquez Inal y Cristhofer Sebastián Pino Curín, imputados como autores de los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones, en Traiguén, en junio pasado.

18 CNNChile.cl: “Ministro Larraín tras acuerdo con machi Celestino: ‘El diálogo siempre es el mejor camino’”, 18 de agosto de 2020.

19 La Tercera: “Director del INDH sobre acuerdo entre gobierno y machi Celestino Córdova: ‘Esperamos que ayude a la paz y la justicia que tanto necesita el pueblo mapuche’”, 18 de agosto de 2020. Colegio Médico: “COLMED, INDH y ONU Derechos Humanos valoran acuerdo entre machi Celestino Córdova y el Gobierno”, 19 de agosto de 2020.

20 La Tercera: “Rubilar por acuerdo entre gobierno y Celestino Córdova: ‘Permite que cumpla su condena, pague por el delito, pero también se respete su cultura’”, 19 de agosto de 2020.

21 Red Digital.cl: “Días Clave en Huelga de Hambre de Presos Políticos Mapuche”, 26 de agosto de 2020.

22 El Desconcierto.cl: “Ministro Larraín tilda de ‘intransigentes’ a presos mapuche que cumplen 116 días en huelga de hambre”, 27 de agosto de 2020.

Debido a su delicado estado de salud, varios de los presos han sido trasladados a recintos hospitalarios donde continúan su huelga de hambre.²³

El 31 de agosto, Gendarmería trasladó ilegalmente, según lo declaró posteriormente el Juzgado de Garantía de Cañete, a los presos mapuche de la cárcel de Lebu, en horas de la madrugada y en vehículos institucionales sin la supervisión de paramédicos con que cuentan las ambulancias del SAMU y sin informar al tribunal que decretó las prisiones preventivas.²⁴ Posteriormente fueron devueltos al penal de Lebu.

El 3 de septiembre, se anunció que los presos del penal de Angol deponían la huelga de hambre seca luego de 123 días, a pesar de no lograr acuerdo con el gobierno, después de que las familias y comunidades les pidieran cesar con esta medida debido a su delicado estado de salud.²⁵ Días más tarde, los presos de Temuco y Lebu también depusieron su huelga de hambre.²⁶

2.2 Violencia, racismo y militarización de La Araucanía

En los últimos meses la situación de violencia en el sur del país, especialmente en la región de La Araucanía, mostraba signos importantes de recrudescimiento. Se produjeron quemas de escuelas²⁷ y camiones, la explosión de una antena de comunicaciones,²⁸ el descarrilamiento de un tren,²⁹ y diversos ataques incendiarios, entre otros hechos que han sido atribuidos a grupos mapuche. Se supone que serían una forma de protesta por la ausencia de acciones del gobierno frente a las demandas de los presos en huelga de hambre, como señalan panfletos encontrados en algunos de esos lugares. Sin embargo, aún no existe absoluta claridad sobre los grupos responsables de cada una de las situaciones violentas.

A fines de julio, personas mapuche ocuparon de manera pacífica los edificios de las municipalidades de Curacautín, Victoria, Ercilla, Collipulli y Traiguén, en protesta por la falta de acciones concretas del gobierno frente a la huelga de hambre. En ese contexto, el recién asumido

23 El Mostrador.cl: "Comunero mapuche que inició huelga de hambre seca en cárcel de Angol será llevado al hospital", 26 de agosto de 2020.

24 BioBioChile.cl: "Comuneros en huelga de hambre retornan a cárcel de Lebu: declararon ilegales medidas de Gendarmería", 3 de septiembre de 2020.

25 INDH: "Comuneros mapuche en huelga de hambre vuelven a la cárcel de Lebu", 4 de septiembre de 2020.

26 La Tercera: "Presos mapuches de Temuco y Lebu deponen huelga de hambre y Larraín afirma que gobierno está abierto a mantener diálogo para 'mejorar condiciones carcelarias'", 9 de septiembre de 2020.

27 Soy Temuco.cl: "Escuela mapuche resultó completamente quemada en Freire", 27 de noviembre de 2019.

28 Cooperativa.cl: "Carabineros investiga atentado explosivo a antenas de celular en Conculmo", 26 de marzo de 2020.

29 La Tercera: "Investigan ataque y descarrilamiento de tren de carga en Collipulli", 30 de julio de 2020.

ministro del interior, Víctor Pérez, en su primera actividad como nuevo miembro del gabinete, visitó la región de La Araucanía, donde se reunió con autoridades y empresarios y declaró que la seguridad pública era su prioridad y advirtió que “la violencia se va a agravar”.³⁰

La noche del sábado 1 de agosto, un grupo de civiles se congregó, estando todo el país en pleno toque de queda, frente a la Municipalidad de Curacautín con la supuesta intención de apoyar a Carabineros en el desalojo, lo que se replicó en Victoria, Traiguén, Collipulli y Ercilla. A la mañana siguiente, comenzaron a circular por redes sociales imágenes y videos de grupos de civiles organizados, en Victoria, agrediendo a personas mapuche que participaban de las tomas, entonando cantos racistas (“el que no salta es mapuche”), así como quemando camionetas y símbolos religiosos de los mapuche. En algunos de los videos que circularon se aprecia presencia policial, sin embargo, no se observa de parte de Carabineros ningún procedimiento para dispersar a la multitud o detener a los que causaban destrozos o agredían a las personas mapuche.

En ese contexto, se produjeron los desalojos de todas las municipalidades y, de acuerdo a la información presentada por el gobierno, hubo 48 personas detenidas, entre ellas algunos menores de edad.³¹ Los mayores de edad, 19 en Curacautín y 16 en Victoria, pasaron a control de detención. Es importante destacar que todos los detenidos son mapuche que participaron en las tomas, y no hay antecedentes sobre personas detenidas por los hechos de violencia que ocurrieron en los exteriores de las municipalidades. En Ercilla y Traiguén se habrían producido incendios en los edificios municipales, en el contexto del desalojo, sin que exista claridad aún acerca de su origen. La Fiscalía de La Araucanía informó que se iniciará investigación de oficio contra quienes vulneraron el toque de queda en Curacautín y Victoria.³²

El repudio ciudadano frente a esos actos racistas y discriminatorios, difundidos en un principio por redes sociales, fue transversal. Diversas organizaciones nacionales e internacionales le recordaron al Estado la obligación de garantizar la no discriminación por motivos étnicos³³ y la necesidad urgente de iniciar un diálogo para resolver el conflicto. Así, “la CIDH recuerda al Estado de Chile sus obligaciones de protección contra la discriminación fundada en origen étnico (...) varios de tales actos violentos y manifestaciones racistas habrían ocurrido sin que agentes

30 La Tercera: “Pérez en su primera visita a La Araucanía: asegura que en Chile ‘no hay presos políticos’ y que existe ‘evidencia’ de que en la zona operan grupos con ‘capacidad militar’”, 31 de julio de 2020.

31 Emol.cl: “Gobierno repudia hechos de violencia en La Araucanía y anuncia acciones legales contra 48 detenidos”, 2 de agosto de 2020.

32 El Desconcierto.cl: “Fiscalía de La Araucanía inicia investigación de oficio contra quienes vulneraron toque de queda en Curacautín y Victoria”, 3 de agosto de 2020.

33 CNN Chile: “CIDH recuerda al Estado de Chile ‘sus obligaciones de protección contra la discriminación fundada en origen étnico’”, 3 de agosto de 2020.

de Carabineros desplegaran medidas apropiadas para prevenir efectivamente su ocurrencia o impedir su continuación. Urge asimismo a las autoridades a prevenir, investigar y sancionar estos hechos, y a enfrentar las narrativas racistas contra las demandas del pueblo mapuche”.³⁴

Nos parece muy preocupante que grupos de agricultores –como la Asociación para la Paz y Reconciliación de la Araucanía, APRA, cuya vocera llamó, en un audio que circuló en redes sociales, a “llevar palos y lo que sea necesario para defenderse y sacarlos de la muni”,³⁵ justifiquen actos racistas, llamen a tomar la justicia por las propias manos, y avalen lo sucedido en Curacautín y otras municipalidades. Tras estos hechos, se presentó un recurso de protección por torturas de parte de civiles hacia quienes realizaron la toma y ante la pasividad de personal policial, en contra de Carabineros de Chile de la provincia de Malleco, de la directora de la Cámara de Comercio de Curacautín, Karina Ramírez Rifo, de Gloria Naveillán, vocera de la APRA y de cuatro funcionarios municipales.³⁶

La Oficina Regional del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo un llamado al respecto: “Instamos a la investigación pronta, independiente y exhaustiva de los hechos, especialmente de las alegaciones de uso excesivo de la fuerza policial y las expresiones de carácter discriminatorio contra el pueblo mapuche. Sin embargo, también resulta fundamental abordar la problemática desde un enfoque multidimensional, con énfasis en la interculturalidad, entre ellas la discriminación estructural y los asuntos pendientes en el ámbito de derechos humanos de los pueblos indígenas. Una respuesta puramente centrada en la seguridad pública alimentaría lo que ya es un proceso crónico de tensión, desconfianza y conflictividad, no exento de violaciones a los derechos humanos”.³⁷

En tanto, organismos privados como Amnistía Internacional (AI)³⁸ también se refirieron a la situación.

El 2 de agosto, el subsecretario del Interior, Juan Francisco Galli, se refirió a lo sucedido expresando que era importante “condenar la violencia venga de donde venga”,³⁹ anunciando acciones legales. Sin

34 *La Tercera*: “La Araucanía: CIDH emite declaración instando a Chile a respetar ‘protección contra la discriminación fundada en origen étnico’”, 2 de agosto de 2020.

35 *El Desconcierto.cl*: “VIDEO: El día en que Gloria Naveillán trató de ‘maldito delincuente’ a Camilo Catrillanca y justificó su asesinato”, 3 de agosto de 2020.

36 *El Desconcierto.cl*: “Curacautín: Presentan recurso de protección contra vocera de APRA, Carabineros y funcionarios municipales tras polémico desalojo”, 1 de septiembre de 2020.

37 *24 Horas.cl*: “Conflicto mapuche: ONU pide al Gobierno aclarar uso excesivo de fuerza policial”, 4 de agosto de 2020.

38 Amnistía Internacional: “Declaración de amnistía internacional acerca de hechos de violencia racista ocurridos en La Araucanía”, 4 de agosto de 2020.

39 *T13.cl*: “Galli condena ‘autotutela’, en La Araucanía y critica a quienes buscan justicia ‘por su propia mano’”, 3 de agosto de 2020.

embargo, no se pronunció sobre las connotaciones racistas de lo ocurrido. Por su parte, el intendente de la región Víctor Manoli, anunció que convocará a sus antecesores en el cargo para intentar buscar una solución política a la violencia.⁴⁰

Nos parece que estos hechos revisten la mayor gravedad, puesto que Chile tiene el deber de proteger a las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, impidiendo todo acto de discriminación en contra de ellos. Estimamos que es urgente aclarar si en estos hechos Carabineros de Chile actuó en concomitancia con los civiles, como planteó el alcalde de Tirúa, Adolfo Millacur: “Es un hecho grave que Carabineros se sienta acompañado o reforzado por civiles, es gravísimo. Porque si fueran los mapuche los que están apoyando a carabineros en sus tareas, yo creo que se darían vuelta y los reprimirían inmediatamente, pero como no eran mapuches, ahí hay un acto de clara disposición de privilegios sobre cierto tipo de población”.⁴¹

El 5 de agosto, un centenar de personas ocuparon de forma pacífica la Municipalidad de Tirúa en rechazo a los recientes hechos de violencia en la zona y en apoyo a la huelga de hambre de los presos mapuche. Al día siguiente, el edificio fue desalojado por Carabineros sin la solicitud de su alcalde, como fue denunciado por la autoridad municipal, quien señaló, expresamente, que esa era una atribución de los alcaldes y que el gobierno “se equivocó y tendrá que reconocer que cometió un acto ilegal”.⁴²

2.3 Agenda de seguridad pública

En ediciones anteriores hemos dedicado espacio a la decisión de los gobiernos de las últimas décadas de responder a las demandas de los pueblos indígenas, y a los actos de violencia ocurridos en la zona, con políticas de militarización en comunidades y territorios indígenas, uso de leyes especiales como la Ley Antiterrorista 18.314 o la Ley de Seguridad del Estado 12.927 y con un gasto elevado en inversión para Carabineros y el uso de la fuerza pública.

El gobierno del presidente Piñera ha desplegado en la región de La Araucanía, sobre todo en el período que se comenta en este *Informe*, una agenda de seguridad y militarización que contempla mayor dotación de Carabineros en la zona, una Mesa de Inteligencia y un Comité Policial Ampliado y, desde junio, una Prefectura de la Macrozona.

40 *La Tercera*: “Víctor Manoli convocará a una mesa transversal de exintendentes de La Araucanía para ‘buscar en conjunto una solución pacífica que nos lleve a vivir en paz’”, 3 de agosto de 2020.

41 El Desconcierto.cl: “Adolfo Millacur, alcalde de Tirúa: ‘Al gobierno le preocupa mantener sus privilegios de poder, no el tema mapuche’”, 3 de agosto de 2020.

42 *La Segunda*: “Adolfo Millacur, alcalde de Tirúa. No pueden pedirle al mapuche que actúe como un ejército disciplinado”, 8 de agosto de 2020

Todo ello en un contexto complejo, tras el fracaso del intento por abrir el diálogo político que llevó a cabo el exministro Alfredo Moreno, y una consulta indígena sobre modificación de la Ley Indígena que fue masivamente rechazada por las comunidades indígenas del país y tuvo que ser cancelada, tal como se analizó en extenso en el *Informe 2019*. El gobierno señaló en junio que, para la protección de la infraestructura esencial relacionada con las carreteras y camiones que se encuentren realizando transporte de bienes de primera necesidad, se habían enviado más de 80 efectivos militares de la Unidad Fundamental de Orden Público.⁴³ A su vez, el entonces ministro de Defensa Nacional, Alberto Espina, declaró que “las Fuerzas Armadas van a aumentar su personal y medios militares para fiscalizar e impedir estos ataques. No son aceptables estos actos delictuales y se hará el uso de la fuerza de acuerdo a la ley, porque nuestro deber es encarcelar a los violentistas y proteger a la ciudadanía”.⁴⁴

Esta decisión de militarizar la zona no fue bienvenida por parte de la oposición. El senador de Revolución Democrática, Juan Ignacio Latorre, ofició a los ministros Blumel y Espina con la finalidad de conocer en detalle las tareas que realizarían los efectivos militares en la zona, manifestando preocupación por la posibilidad de “un nuevo Catriillanca”. El senador precisó que “sería un error involucrar a las Fuerzas Armadas en abordar un conflicto no resuelto del Estado de Chile que es de carácter político”.⁴⁵ En el mismo sentido se manifestó la diputada del Partido Socialista, Emilia Nuyado, quien señaló: “Parece que el ministro del Interior y el gobierno de Piñera quiere construir una guerra para desviar la atención por su mal manejo de la pandemia de coronavirus en Chile. No me parece comprensible que después de las muertes del weichafe Camilo Catriillanca y de casos aún no resueltos, como el asesinato del werken Alejandro Treuquil, hoy se determine enviar militares a la zona de La Araucanía”.⁴⁶

Sin embargo, en julio de 2020, el Parlamento aprobó el Proyecto Resolución 1196 (con 29 votos en contra y 11 abstenciones) conminando al Ejecutivo a desplegar en la Araucanía “mayor presencia de las fuerzas de orden y seguridad a fin de controlar los actos terroristas y desarticular las bandas criminales tras estos actos, dado que los

43 La Tercera: “Blumel por envío de militares a La Araucanía y Biobío: ‘El rol de estas patrullas es fundamentalmente la protección de la infraestructura esencial’”, 26 de junio de 2020.

44 La Tercera: “Ejército enviará más de 80 efectivos a La Araucanía y Biobío”, 25 de junio de 2020.

45 El Mostrador.cl: “Senador Latorre oficia a ministros de Interior y Defensa por militarización de La Araucanía y Biobío”, 24 de junio de 2020.

46 El Desconcierto.cl: “Diputada Nuyado y militares en La Araucanía: ‘El gobierno quiere construir una guerra para desviar la atención’”, 24 de junio de 2020.

esfuerzos actuales no son suficientes ni han dado buenos resultados”.⁴⁷ Este llamado coincide con el enfoque del gobierno de instalar una agenda de seguridad en la zona, con una ofensiva jurídica para establecer nuevos tipos legales que tienen un impacto significativo y directo en ese territorio de conflicto. Por ejemplo, el proyecto de ley que “Fortalece la fiscalización y la persecución de los delitos de robo y hurto de madera en troza” (Boletín 12001-25) que se encuentra en discusión con suma urgencia en el Senado. Su objetivo, según señala el proyecto, es la protección de las empresas forestales, la creación de un tipo penal que sancione la sustracción de madera en troza, y el establecimiento de herramientas de control e investigación inéditas para enfrentar este tipo de delitos.

El senador Huenchumilla ha señalado respecto del proyecto para fortalecer la persecución del robo de madera, que es precisamente la industria forestal la causante de muchos de los problemas territoriales que existen con el pueblo mapuche: “Las únicas regiones del país donde tenemos un conflicto político, con la violencia instalada, es justamente en la región de La Araucanía y en la región del Biobío, provocado en gran parte por esta industria que entró destruyendo el hábitat, la naturaleza, los predios agrícolas y las comunidades indígenas que estaban en esos sectores territoriales. Y nos metieron en este conflicto que hoy día nadie desconoce, que yo tampoco desconozco, al revés, siempre he dicho que tenemos un conflicto de violencia en esa región.”⁴⁸ Otro proyecto que apunta a aumentar las sanciones por ciertos delitos, fue presentado por el Ejecutivo y se ha conocido como “Juan Barrios”, nombre de un camionero que falleció en marzo de este año por las quemaduras que le provocó un atentado incendiario contra su camión en La Araucanía. El proyecto Boletín 13.719-07 propone una modificación del Código Penal para incluir a los vehículos motorizados con personas en su interior a los delitos de incendio y crea una nueva agravante que aumenta las sanciones para quienes incurran en el ilícito. De esta manera, las penas pueden ir desde 15 años y un día hasta presidio perpetuo.

Al presentar este último proyecto, el presidente Sebastián Piñera enumeró una serie de iniciativas que actualmente están en trámite en el Congreso: “Las voy a recordar, porque parece que algunas quedan en el olvido. Necesitamos con urgencia sacar adelante la ley que moderniza a carabineros, la ley que especializa a nuestras policías, la ley que crea un estatuto de protección de las policías, la ley que perfecciona y hace más

47 Resolución N°1196, 7 de julio de 2020, Cámara de Diputados.

48 El Desconcierto.cl: “Huenchumilla a forestales por proyecto que castiga robo de madera: ‘Instalaron un conflicto político que nos ha perseguido los últimos 20 años’”, 24 de junio de 2020.

eficaz la persecución contra el terrorismo, la ley que perfecciona y hace más eficaz la lucha contra la droga, la ley que nos da más instrumentos para combatir el robo de madera, la ley para tener un mejor control de armas, la ley de protección de infraestructura crítica, necesitamos la ley que permite a nuestras fuerzas armadas proteger nuestra infraestructura crítica”.⁴⁹

Sin embargo, dentro de esta agenda de seguridad no hay consideración ni referencia a la violencia policial que ejerce Carabineros sobre las comunidades y personas mapuche en la zona. Ello se ve constatado en las numerosas acciones judiciales que han sido presentadas, especialmente por el INDH, en particular en protección de niños, niñas y adolescentes mapuche, por el uso abusivo de la fuerza pública por efectivos de Carabineros contra personas pertenecientes al pueblo mapuche, en el marco de allanamientos a comunidades, represión violenta en protestas sociales, apremios ilegítimos y torturas. Muchas de esas sentencias han sido acogidas, ordenando a Carabineros adecuar su acción al derecho y a los protocolos establecidos.

A fines de agosto, tras un ataque incendiario contra un camión en Collipulli que dejó a una niña de nueve años baleada con un perdigón en la espalda,⁵⁰ varias organizaciones de camioneros de Chile llevaron adelante un paro en las principales autopistas que unen al país. El paro se extendió por siete días, y tuvo a varias ciudades con problemas de desabastecimiento de combustible, alimentos y medicamentos. La Confederación Nacional del Transporte de Carga (CNTC) y la Federación de Dueños de Camiones del Sur (FEDESUR) de las federaciones de camioneros del país, llevaron adelante el paro nacional en protesta por la falta de seguridad en las carreteras, demandando la aprobación urgente de la agenda de seguridad del gobierno, y exigiendo al Ejecutivo tomar medidas para reparar económicamente los daños sufridos por camioneros en atentados incendiarios.

El 2 de septiembre se anunció el acuerdo entre gobierno y camioneros que, entre otras medidas, establecía que el Ejecutivo le daría urgencia a los 13 proyectos de ley sobre la agenda de seguridad pública, el apoyo a las familias de los conductores que fallezcan, o resulten con invalidez total o parcial superior al 70%, producto de delitos terroristas; el apoyo económico a las víctimas del terrorismo, en específico, para la reposición de las máquinas de trabajo; la instalación de cámaras de vigilancia adicionales en las rutas, sistema de peaje *free-flow*, y la posibilidad de fijar una tarifa plana los fines de semana y días feriados.

49 La Tercera: “Piñera presenta ley Juan Barrios que endurece penas por quema de camiones y emplaza al Congreso a aprobar proyectos en materia de seguridad”, 13 de agosto de 2020.

50 Cooperativa.cl: “Niña fue baleada en la espalda en medio de ataque incendiario en Collipulli”, 22 de agosto de 2020.

Para la implementación de estas medidas se anunció la creación de un grupo de trabajo conformado por el Ejecutivo, las policías y representantes de los camioneros.

Nos parece que, si bien es importante que el gobierno tome medidas para resguardar la seguridad de las personas que se ven afectadas por actos de violencia en las regiones en conflicto, la celeridad con que el gobierno llevó adelante estas negociaciones, sin invocar leyes de excepción contra los responsables de los cortes de carreteras, es una demostración más de un actuar discriminatorio contra la protesta social y sus demandas. Es preocupante verificar que la protesta mapuche y las manifestaciones sociales por mayor igualdad y justicia son duramente reprimidas o ignoradas, a diferencia de la protesta de los camioneros que fue atendida con celeridad e incluso respaldada por el gobierno. Además, varios de los acuerdos suscritos entre los camioneros y el Ejecutivo son preocupantes, pues implican el compromiso de seguir invocando la Ley Antiterrorista, la valoración de que solo algunas víctimas de delitos merecen justicia, reparación y atención por parte del gobierno; y demuestran, una vez más, la decisión de enfrentar un conflicto político con una agenda penal.

Como se ha señalado en *Informes* anteriores, la Ley Antiterrorista ha tenido una aplicación casi exclusiva en miembros del pueblo mapuche, lo que ha sido cuestionado en numerosas oportunidades por organismos internacionales que le han solicitado al gobierno revisar la aplicación de esta ley. Actualmente, en el Senado se encuentra en tramitación un proyecto de ley que modifica la Ley Antiterrorista, que fue dividido en dos para apurar su tramitación, en lo que se conoce como una “ley corta”. Por un lado, la parte del proyecto que tenía por finalidad reforzar medidas intrusivas durante el proceso de investigación de esta clase de delitos, fue en general aprobada por el Senado el 7 de agosto de 2019 como la ley corta antiterrorista,⁵¹ volviendo a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para su análisis en particular, fijándose el 19 de agosto de ese año como plazo límite para finalizar dicho análisis. Si bien ese día se emitió un boletín con una serie de indicaciones,⁵² desde esa fecha se han despachado más de 20 mensajes que indican la suma urgencia de la aprobación del proyecto. En cuanto a la segunda parte del proyecto, que tiene por finalidad reformar la categorización del delito para hacerlo más claro y

51 Senado.cl: “Senado aprueba en general ley corta antiterrorista”, 7 de agosto de 2019.

52 Boletín N°12.589-07, Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el código procesal penal con el objeto de permitir la utilización de técnicas especiales de investigación en la persecución de conductas que la ley califica como terroristas, 19 de agosto de 2019.

menos ambiguo que el actual vigente,⁵³ se encuentra, sin movimiento, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado para su discusión.

Es importante mencionar que en varias oportunidades se ha invocado la Ley Antiterrorista frente a la quema de camiones como, por ejemplo, después del incendio de dos vehículos de carga en la comuna de Traiguén,⁵⁴ donde un conductor sufrió quemaduras en el 25% de su cuerpo. El 14 de abril el gobierno se querelló bajo esta ley en la región del Bío Bío, por un ataque con explosivos realizado contra carabineros, quienes fueron atacados con armas de fuego por alrededor de 30 encapuchados, presuntamente, miembros del pueblo mapuche.⁵⁵ El 13 de mayo, se solicitó de nuevo la aplicación de dicha ley, frente a distintos ataques en la región de La Araucanía que resultaron con cinco camiones quemados, tres con daños y uno destruido.⁵⁶ Desde esa fecha se han sucedido una serie de nuevos atentados, asociados a la falta de respuesta gubernamental por la huelga de hambre, en los que también se anunció la aplicación de la Ley Antiterrorista.

Respecto a la agenda de seguridad pública desplegada con énfasis por el gobierno como la solución al conflicto en la región, nos parece que, si bien es fundamental la persecución eficiente de los delitos cometidos en la zona, de manera de identificar a los responsables y ponerlos a disposición de la justicia, la decisión de dar más facultades a una institución fuertemente desprestigiada no es la adecuada. Es preciso considerar que a pesar de contar con un alto presupuesto y el respaldo de las autoridades, las fuerzas policiales no han sido capaces de aprehender a los responsables, ni de aclarar cuáles son los grupos que están efectivamente detrás de los atentados. Nos sorprende que, siendo la región de La Araucanía un lugar donde se ha focalizado la acción policial, las investigaciones sigan resultando poco efectivas. A nuestro criterio, se trata de un problema de organización de la investigación y no de falta de leyes adecuadas ni de atribuciones investigativas. Así lo estableció el senador Huenchumilla al señalar que “existe abundante legislación que otorga amplias facultades a distintos poderes del Estado para la utilización de técnicas de investigación. No es falta de ley, aquí ha fallado la gestión”.⁵⁷

53 La Tercera: “Detenido por bombas: Fiscal Nacional pide revisar Ley Antiterrorista porque ‘las condiciones del imputado van a ser más favorables’ que, si lo formalizaran sin ella”, 9 de agosto de 2019.

54 La Tercera: “La Araucanía: Piñera emplaza al Congreso a aprobar perfeccionamiento de la Ley Antiterrorista tras últimos atentados en la región”, 10 de febrero de 2020.

55 La Tercera: “Gobierno se querella por Ley Antiterrorista por ataque con explosivos contra carabineros en Tirúa”, 14 de abril de 2020.

56 La Tercera: “Ataques con mismo modus operandi dejan cinco camiones quemados en la Araucanía”, 13 de mayo de 2020.

57 Bío Bío Chile.cl: “‘No es falta de ley, es un problema de gestión’: Huenchumilla acusa ignorancia en paro camionero”, 30 de agosto de 2020.

2.4 Caso Alejandro Treuquil

El 5 de junio se informó que Alejandro Treuquil, werken de la comunidad mapuche We Newén de Collipulli, falleció luego de recibir diversos impactos de bala por desconocidos. Los disparos dejaron heridas a otras tres personas de la comunidad. El hecho cobró más relevancia cuando se dio a conocer que, días antes, Treuquil había denunciado que, desde el 13 de mayo, la comunidad a la que pertenecía estaba siendo hostigada constantemente por parte de Carabineros.⁵⁸ El caso está siendo investigado por la Fiscalía de Alta Complejidad de La Araucanía. El Consejo del INDH exigió que las circunstancias en las cuales se produjo la muerte, “sean esclarecidas con celeridad y diligencia, sancionando debidamente” a los responsables.⁵⁹

El 10 de julio, el INDH presentó un recurso de amparo para que se declarara la ilegalidad de los procedimientos policiales en dicha comunidad, y evitar las vulneraciones a la libertad de las personas y la seguridad individual. Según señala el INDH en el recurso, Carabineros habría hecho uso excesivo de la fuerza, especialmente una utilización desproporcionada de los gases lacrimógenos, que afectaron en particular a niños, a niñas y a mujeres embarazadas. Se señala que la cónyuge del werken sufrió la interrupción de un embarazo de tres meses de gestación como consecuencia del uso desmedido de gases lacrimógenos, una semana antes del asesinato de su marido. Adicionalmente, el recurso establece que no solo existirían daños físicos y psíquicos ocasionados como consecuencia de la utilización indiscriminada de la escopeta antidisturbios, del carro lanzagases y de las granadas lacrimógenas, sino que, además, esa comunidad habrían sido objeto de graves trasgresiones a sus domicilios, espacios comunitarios y tradicionales.⁶⁰

Sin embargo, tanto la Corte de Apelaciones de Temuco, como la segunda sala de la Corte Suprema, desestimaron el recurso presentado, señalando que existen un “alto número de denuncias penales realizadas en las mismas fechas señaladas en el recurso y que han motivado la apertura de un gran número de investigación penales, según se ha dicho y de las cuales se puede desprender que el actuar de Carabineros ha sido motivado por la ocurrencia de delitos flagrantes, instrucciones investigativas e incluso en un caso de entrada y registro a un domicilio de la comunidad, previa autorización judicial, por lo que no se vislumbra por parte de esta Corte, que existan atentados a la libertad personal

58 Radio U de Chile.cl: “La represión policial con que la comunidad mapuche we newen debe convivir todos los días”, 19 de mayo de 2020.

59 La Tercera: “Consejo INDH llama a que circunstancias de crimen contra representante de comunidad mapuche ‘sean esclarecidas con celeridad’”, 8 de junio de 2020.

60 La Tercera: “INDH presenta recurso de amparo para proteger a comunidad mapuche de Collipulli”, 10 de junio de 2020.

y a la seguridad individual de los amparados, el cual se ha ceñido al mérito del sinnúmero de delitos cometidos en la zona y a sus facultades legales de actuación”.⁶¹

2.5 Caso Camilo Catrillanca

El asesinato de Camilo Catrillanca a manos de personal de Carabineros, el 14 de noviembre de 2018 en la región de La Araucanía, se ha convertido en uno de los casos paradigmáticos en lo que se ha denominado el conflicto chileno-mapuche y, sin duda, marca un antes y un después en la opinión pública y en la relación entre el pueblo mapuche y el gobierno. Se pudo probar que no se había tratado de un enfrentamiento, sino que la muerte de Catrillanca se produjo de manera directa por un proyectil en el cráneo sin que existiese provocación o acción del asesinado que pudiese explicar o eximir de responsabilidad tal acción de los imputados. El caso a su vez, como lo señalamos en el *Informe 2019*, da cuenta de una política institucional, y respaldada por el gobierno, de encubrimiento del proceder de Carabineros y que no vela por la transparencia ni el control de sus actos, especialmente en aquellos relacionados al conflicto con el pueblo mapuche. Así lo confirmó el informe dictado por la comisión investigadora de la Cámara de Diputados⁶² –que establece la responsabilidad política, tanto del entonces ministro del Interior, Andrés Chadwick, como del exsubsecretario de la misma cartera, Rodrigo Ubilla–, aprobado con 65 votos a favor y 61 en contra con acuerdo de la oposición.⁶³

A pesar de los avances investigativos,⁶⁴ y estando todo preparado para el juicio por el *caso Catrillanca*, en noviembre del año pasado, en el Tribunal Oral en lo Penal de Angol,⁶⁵ dicho juicio ha sido pospuesto en numerosas ocasiones⁶⁶ por diversas consideraciones que ha aducido la defensa de los uniformados.⁶⁷ Así, se suspendió por motivos de salud del acusado, Carlos Alarcón, que tendría que someterse urgentemente a una cirugía el 2 de diciembre, debiendo permanecer en reposo absoluto un mes tras la misma, de modo que el juicio fue reprogramado para el

61 Rol N°85.196-2020, Corte Suprema.

62 Cámara de Diputados, *Informe Comisión Especial Investigadora Caso Camilo Catrillanca*, 12 de septiembre de 2019.

63 La Tercera: “Catrillanca: oposición se cuadra y aprueba informe de comisión investigadora que apunta a responsabilidad política de Chadwick y Ubilla”, 12 de septiembre de 2019.

64 La Tercera: “Las 139 pruebas y 73 testimonios con que fiscalía iniciará la etapa final del caso Catrillanca”, 4 de septiembre de 2019.

65 La Tercera, “Tribunal Oral de Angol fija para el 26 de noviembre el comienzo del juicio por el homicidio de Camilo Catrillanca”, 1 de octubre de 2019.

66 La Tercera: “Acusado del homicidio de Camilo Catrillanca recurre al Tribunal Constitucional y pide que se suspenda el juicio”, 14 de noviembre de 2019.

67 La Tercera: “Ex GOPE acusado del crimen de Catrillanca pide a tribunal de Angol suspender juicio por la crisis que vive el país”, 18 de noviembre de 2019.

2 de marzo.⁶⁸ Luego, fue nuevamente pospuesto, ya que ese 2 de marzo no se presentó en la audiencia el abogado defensor por tener licencia médica. Se acordó, entonces, la celebración de la audiencia para el 5 de marzo.⁶⁹ El 17 de marzo se decretó nuevamente la suspensión del juicio por la contingencia sanitaria a raíz del Covid-19⁷⁰ y un mes más tarde se dictaminó la revocación de la prisión preventiva del imputado por considerar la Corte que la medida de arresto domiciliario sería suficiente en este caso.⁷¹ Cabe mencionar que diversos medios de prensa revelaron que Alarcón recibió una indemnización de \$21.033.528 al ser dado de baja y percibe, además, una pensión mensual que bordea los \$900.000.⁷²

2.6 Caso Huracán

Este caso, comentado en detalle en *Informes* anteriores, puso en alerta a la ciudadanía sobre actos ilegales mediante montajes llevados a cabo por Carabineros para imputar a comuneros mapuche, utilizando para ello diversas prácticas como intervenciones telefónicas ilegales y la implantación de pruebas para acusar a dirigentes mapuche en la participación de ilícitos. En el caso no ha habido más movimientos que los realizados por los imputados para modificar sus medidas cautelares. Junto con ello, el fiscal regional de Aysén, Carlos Palma, manifestó su intención de solicitar penas de 25 años de presidio para los 11 imputados de la causa.⁷³ Respecto a los recursos interpuestos por los imputados, el 24 de julio de 2019 en el Juzgado de Garantía de Temuco, se realizó una audiencia de revisión de medidas cautelares con el general en retiro de Carabineros, Gonzalo Blu, imputado en Caso Huracán, revocando su prisión preventiva y reemplazándola por arresto domiciliario total, arraigo nacional y prohibición de acercarse y comunicarse al resto de imputados de la investigación.⁷⁴ Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco revocó la resolución anterior y decretó la prisión preventiva al imputado, luego de que el querellante apelara. En lo que se refiere al asesor informático de Carabineros en el operativo, Álex

68 La Tercera: "Se pospone juicio de Caso Catrillanca para el 2 de marzo: Estado de salud del excoronel Jorge Contreras se impuso en el Tribunal", 25 de noviembre de 2019.

69 La Tercera: "Tribunal de Angol aplaza hasta el jueves inicio del juicio por caso Catrillanca", 2 de marzo de 2020.

70 La Tercera: "Juicios por casos Corpesca, Basura y Catrillanca se suspenden ante brote de coronavirus", 17 de marzo de 2020.

71 La Tercera: "Corte de Temuco sustituye la prisión preventiva de acusado de homicidio de Camilo Catrillanca", 17 de abril de 2020.

72 La Tercera: "Ex GOPE acusado del homicidio de Catrillanca recibe \$900 mil mensuales de pensión por parte de Carabineros", 9 de abril de 2020.

73 La Tercera: "Fiscalía pide penas de hasta 25 años de presidio para imputados por caso Huracán", 8 de febrero de 2020.

74 La Tercera: "Operación Huracán: Revocan prisión preventiva de general ® Blu y se dictamina arresto domiciliario total", 24 de julio de 2019.

Smith, el Juzgado de Garantía de Temuco decretó mantener su prisión preventiva.⁷⁵ Ante una inminente acusación por parte del Ministerio Público, la defensa ha solicitado la reapertura de la investigación,⁷⁶ la cual fue rechazada por el Juzgado de Garantía de Temuco que, además, mantuvo las medidas cautelares.⁷⁷

2.7 Hortaliceras mapuche

Durante años, el centro de Temuco ha sido el foco de conflicto entre las hortaliceras mapuche y Carabineros. No obstante, esta confrontación se intensificó tras una ordenanza municipal, dictada en diciembre del 2018, que prohíbe el comercio ambulante en el centro de la ciudad. Esta medida ha desatado conflictos permanentes y se ha traducido en violencia, principalmente física, hacia las mujeres “ñañas” hortaliceras mapuche que venden los productos de sus huertos en la vía pública, tal como se detalló en el *Informe 2019*. El 9 de agosto del año pasado se realizó un operativo policial en el centro de Temuco que desembocó en agresiones a las mujeres mapuche y en la detención de 14 hortaliceras, entre ellas una menor de edad. A raíz de estos hechos, el INDH presentó un recurso de amparo a favor de las hortaliceras detenidas y la Corte de Apelaciones falló a favor de ellas, ordenando a Carabineros no repetir estas conductas violentas hacia las personas detenidas, puesto que aquellas vulneran la propia normativa de Carabineros y también los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado chileno de esta materia.⁷⁸ Es preciso señalar que la ordenanza municipal vulnera el contenido del artículo 23 del Convenio 169 de la OIT, respecto al deber del Estado de proteger la industria indígena y el desarrollo de las actividades económicas tradicionales de los pueblos indígenas.

En el contexto de la pandemia mundial por Covid-19 ha continuado el enfrentamiento de las hortaliceras y Carabineros, que se ha traducido en la vulneración de los derechos de las mapuche por violentos desalojos del sector y detenciones. A consecuencia de lo anterior, la Gobernación Regional propuso, el 19 de mayo de 2020, junto con el Gobierno Regional –mediante un acuerdo celebrado por los alcaldes de Temuco, Padre las Casas, Vilcún y Freire– la participación de las hortaliceras en distintas ferias a realizarse en las ciudades nombradas, además de

75 La Tercera: “Caso Huracán: Ratifican prisión preventiva contra Álex Smith”, 5 de diciembre de 2019.

76 La Tercera: “Operación Huracán: citan a 314 testigos y juicio podría durar 3 meses”, 9 de febrero de 2020.

77 La Tercera: “Juzgado rechaza reapertura de investigación y mantiene prisión preventiva para imputados en caso Huracán”, 24 de febrero de 2020.

78 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia CA amparo Rol N°164-2019, 25 de septiembre 2019.

acompañamiento para procesos de ventas en línea.⁷⁹ La propuesta fue rechazada, dos días después, por la Red de Mujeres Mapuches.⁸⁰ Ellas consideraron que la medida era ineficiente al no tener en cuenta que el punto de concurrencia de mayor público es el centro de Temuco y que es en ese lugar donde se ejerce principalmente el comercio de la ciudad, de modo que esta medida las alejaría de donde, en forma habitual y por costumbre, ejercen su rubro.

CONCLUSIONES

Estos casos que hemos presentado constituyen una muestra de la compleja situación de violencia que se vive en las regiones señaladas, donde las fuerzas policiales no son capaces de enfrentar el conflicto mapuche de manera eficiente y adecuada. Se constata un trato discriminatorio, con un fuerte énfasis en la represión de la protesta social mapuche, ante la cual se actúa con fuerza desmedida y no proporcional, contando, además, las fuerzas policiales con el respaldo del gobierno. Por su parte, el gobierno ha demostrado estar enfocado en lo que se denomina “agenda de seguridad pública”, sin mostrarse dispuesto a iniciar un diálogo real con el pueblo mapuche de tal manera que se pueda abrir el camino que conduce hacia la reparación y la convivencia.

Tal como se ha señalado repetidamente en *Informes* anteriores, la situación que vive el pueblo mapuche en el sur del país es preocupante y lo ocurrido en los últimos meses es una señal de que podría incluso empeorar si se mantiene, en el futuro, similar patrón de conducta por parte del Estado. En este sentido, el empeño del gobierno por militarizar la zona, enfrentando el conflicto con una política basada solo en la seguridad pública y la creación de nuevas leyes penales, y no desde la mirada de un diálogo político intercultural, no permite avizorar una salida próxima al problema. Se suma a ello la falta de preparación de Carabineros para enfrentar los conflictos interculturales y el actuar discriminatorio y contradictorio con que esa institución enfrenta las diversas protestas sociales, según qué personas las lleven a cabo. Asimismo, se observa falta de efectividad y transparencia en las investigaciones originadas por graves hechos de violencia ocurridos y el uso indiscriminado de la Ley Antiterrorista contra miembros del pueblo mapuche.

Creemos que el foco no puede estar puesto solo en la investigación y la sanción y que los gobiernos han fallado en resolver un conflicto que es

79 El Mostrador.cl: “Gobierno da alternativas a mujeres hortaliceras para que puedan continuar su labor en Temuco”, 19 de mayo 2020.

80 El Mostrador.cl: “Red de Mujeres Mapuche rechaza propuesta del Gobierno: ‘Es totalmente insuficiente y no recoge las necesidades de nuestras hermanas hortaliceras’”, 20 de mayo 2020.

político y de antigua data, con un enfoque únicamente basado en la respuesta penal y la seguridad pública. Ello, a nuestro juicio, no ha hecho más que radicalizar la protesta y no permite iniciar una conversación urgente sobre la relación entre el pueblo mapuche y el Estado chileno.

El periodo que se analiza también abre espacios para el optimismo en relación al futuro proceso constituyente y la posibilidad, inédita, de que representantes de los pueblos indígenas participen en la elaboración de una nueva Constitución para Chile. Para ello es fundamental que el mecanismo que finalmente el Parlamento apruebe, respete el principio de la autodeterminación fijando escaños reservados en base al Censo y no por el registro de Conadi, de manera que se permita la representación de todos los pueblos. Así también, determinar que los escaños se sumen, y no se resten, al número de constituyentes de los distritos nacionales.

De llevarse a cabo el proceso de manera adecuada y respetuosa de la diferencia, son altas las posibilidades de iniciar un diálogo intercultural que deje atrás la invisibilización de los pueblos indígenas y permita superar el ideal de homogeneidad que ha inspirado las constituciones anteriores. La presencia de representantes de todos los pueblos indígenas significaría, además, que contenidos usualmente ignorados puedan cobrar relevancia y ser discutidos en el debate constitucional como, por ejemplo, los derechos de la naturaleza, el concepto de propiedad, el modelo único de desarrollo, la descentralización y la posibilidad de que existan comunidades que ejerzan autonomía en su propio territorio.

Por último, nos parece fundamental enfatizar que el proceso constituyente debiese ser solo el primer paso para restablecer las relaciones entre los pueblos indígenas, especialmente el pueblo mapuche, y el Estado, pues se requiere la creación de una institucionalidad adecuada que permita –mediante la existencia de una real voluntad política de largo plazo– dar respuestas a las demandas de verdad, justicia y reparación, de manera de permitir la convivencia en un marco de respeto por los derechos humanos de todas las personas que habitan en esos territorios.

RECOMENDACIONES

1. Establecer e implementar un mecanismo de escaños reservados para la creación de una nueva Constitución, que permita la representación de todos los pueblos indígenas en el proceso, en un número adecuado conforme al Censo 2017.
2. Revisar la política de seguridad pública llevada adelante por el gobierno con miras a garantizar la no discriminación y la igualdad ante la ley.

3. Llevar a cabo medidas urgentes para cambiar los protocolos sobre actuaciones de Carabineros en territorios indígenas, modificándolos para su adecuación a los estándares de derechos humanos.
4. Realizar acciones urgentes y concretas para terminar los abusos policiales que se han reportado contra comunidades indígenas, en especial respecto a los niños y niñas mapuche.
5. Abstenerse de utilizar la Ley Antiterrorista contra el pueblo mapuche y revisar el proyecto de ley, actualmente en trámite, para su adecuación a lo señalado por organismos internacionales de derechos humanos.

LA CRISIS SOCIAL TAMBIÉN ES ECOLÓGICA: UNA MIRADA DESDE EL CONFLICTO DE LAS AGUAS¹

**Javiera Calisto
Pía Weber**

1 Nuestros agradecimientos a los investigadores ayudantes, Valeria Álvarez, Gonzalo Mellado y Matías San Martín, por su gran ayuda en el desarrollo de esta investigación.

SÍNTESIS

Considerando que “la crisis social también es ambiental”, el presente capítulo analiza los elementos de carácter socioambiental que explican el *estallido social*, vinculados a la contaminación, la desigual distribución de las cargas ambientales y sus beneficios, la sobreexplotación de nuestro medio ambiente, especialmente en lo relativo al agua, en un escenario de sequía y escasez hídrica. A su vez, se describe cómo el marco Constitucional ha tenido implicancias a la hora de garantizar el derecho humano al agua. El capítulo finaliza con conclusiones y recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: agua, derecho humano al agua, medioambiente, estallido social, injusticia, desigualdad, Constitución ecológica.

INTRODUCCIÓN

Los problemas ambientales son parte del conflicto social. La contaminación, la desigual distribución de las cargas y los beneficios ambientales, la explotación exacerbada de los recursos naturales,² son solo algunos de los elementos que se han identificado como parte del malestar social. Los *Informes* de años anteriores ya identificaban varias de estas problemáticas.

Reconociendo la multiplicidad de conflictos ambientales que existen en Chile y el rol que cada uno de ellos puede haber jugado en el aumento del malestar social y la crisis que se desató en octubre de 2019, este capítulo se centrará en el conflicto socioambiental que existe en torno al derecho humano al agua, la administración y distribución de este componente del medioambiente y la protección del mismo, como uno de los principales temas que se relevaron durante el *estallido social* en materia ambiental,³ y que se ha tornado aún más crucial en este contexto mundial de pandemia por el Covid-19. A su vez, se ha escogido esta temática porque se encuentra particularmente vinculada a ciertos contenidos de la actual Constitución Política de Chile.

Este capítulo comienza con la revisión de antecedentes establecidos en *Informes* anteriores vinculados con el derecho humano al agua, complementado con elementos que se han incorporado en la discusión en torno a este derecho y que buscan garantizarlo, especialmente, para pueblos originarios y la protección del medioambiente.

- 2 En este documento se utiliza la palabra recurso (recurso natural y recurso hídrico), concepto propio de un relato antropocéntrico que está incorporado en nuestra legislación y práctica. Sin embargo, se hace presente que existe una serie de críticas en torno a este concepto y la visión que este implica.
- 3 Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA) "Derechos Humanos, extractivismo canadiense y agua", Informe entregado a la Misión canadiense de observación y solidaridad con Chile sobre la situación de los derechos humanos en el contexto de transición sociopolítica, Santiago, enero 2020, p. 18; y Cristián Flores, *Servicios Sanitarios en Chile: revisión crítica de su gestión Privatizadas a Partir de la Crisis sanitaria de Osorno*, Santiago Fundación Henrich Böll, 2020, pp. 4-7.

Después, se hace una revisión de la situación constitucional y legal de la regulación de las aguas en el país, y se identifican los principales problemas que impedirían un adecuado goce del derecho humano al agua. Se concluye que varios de los impedimentos legales para garantizar este derecho pueden vincularse con un conflicto de carácter constitucional.

Finalmente, para profundizar en las raíces del malestar, en relación a esta temática, que en cierta medida generó el *estallido social*, se analizan brevemente tres situaciones. La primera, es una actualización del estado de sequía que sufre la comuna de Petorca, y que fue tratado en *Informes* previos. La segunda, describe el incidente de contaminación acaecido en Osorno que dejó sin acceso a agua, por varios días, a gran parte de la ciudad. En tercer lugar, se hará una breve referencia al acceso al agua, especialmente vinculada a los precios, en el contexto del Covid-19.

1. LA CRISIS SOCIAL TAMBIÉN ES AMBIENTAL

1.1 El estallido social desde lo socioambiental

“El *estallido social* también es ecológico”, señalan una serie de voces refiriéndose a las causas que habrían provocado la crisis originada el 18 de octubre de 2019.⁴ La explotación exacerbada de los recursos naturales y su denominada “privatización”;⁵ la contaminación, el abuso y la desigualdad en las cargas ambientales; el cambio climático, la falta de servicios sanitarios en ciertas áreas rurales, y la dificultad de la ciudadanía para acceder a playas, ríos y lagos, han sido enunciados como algunos de los problemas que explicarían el contenido socioambiental del *estallido social*. La organización FIMA identificó, entre 2015 y 2019, 130 protestas masivas, con cobertura de prensa nacional, asociadas a materias ambientales, destacándose como los temas más controvertidos el acceso al agua, la energía y la contaminación.⁶ A su vez, 49 de estas protestas se concentraron durante el año 2019.⁷ En versiones

4 Entrevista a Pamela Poo, encargada de políticas y regulación en Chile Sustentable, 31 de julio de 2020. Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020. Entrevista a Ezio Costa, director ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020. Entrevista a Rodrigo Mundaca, vocero nacional del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente. MODATIMA, 29 de julio de 2020.

5 Si bien varios de los recursos naturales, jurídicamente, entran dentro de la categoría de bienes nacionales de uso público, sobre ellos recaen derechos de propiedad que permiten su expropiación por parte de privados. Esto se ha denominado la privatización de los recursos naturales.

6 Ezio Costa, ONG FIMA. Conversatorio: “Una Constitución Ecológica como vía hacia mejores políticas ambientales”. Durante este conversatorio el Centro de Cambio Global UC (CCG-UC) junto a la ONG FIMA, presentaron los resultados del informe que reúne las principales conclusiones en torno a desafíos medio ambientales manifestados en los encuentros ciudadanos convocados tras la crisis social de octubre en Chile.

7 *Ibid.*

previas de este *Informe* se pueden encontrar identificados y descritos algunos conflictos socioambientales presentes en el país. Por otro lado, el respeto al medioambiente fue uno de los valores más relevados en los Encuentros Locales Autoconvocados desarrollados durante 2016.⁸

Las problemáticas en torno al derecho humano al agua, y la inadecuada administración y protección de este componente del medio ambiente, han sido puestas en evidencia en los *Informes* de los años 2007, 2013 y 2017. Particularmente, el Informe 2007 abordó la relación entre el uso del agua y eventuales riesgos de contaminación, analizándose los proyectos mineros Pascua Lama y la construcción del tranque de relaves El Mauro. A su vez, se realizó un análisis del contenido mínimo del derecho humano al agua y el impacto que este tipo de proyectos tiene en las aguas superficiales y subterráneas. Luego, el *Informe 2013* abordó el derecho humano al agua y el caso de Petorca desde la perspectiva de la sequía y escasez, criticándose la regulación existente, la que debiese estar destinada, entre otras cosas, a garantizar su disponibilidad, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Por último, el *Informe 2017* determinó, a la luz del derecho internacional, la responsabilidad del Estado al incumplir su obligación de velar por el derecho humano al agua y su saneamiento, entre otras razones, por la falta de regulación o la escasa fiscalización a las empresas sanitarias; y, a su vez, detectó la existencia de responsabilidades asociadas a dichas empresas.

Por su parte, los *Informes* de 2012 y 2019, y el Informe Anual 2018 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH),⁹ denunciaban la situación de contaminación, las zonas de sacrificio y la profunda inequidad en la distribución de las cargas ambientales. En el primero de ellos se relata la situación de injusticia ambiental que sufren las comunas de Quintero y Puchuncaví, y cómo el Estado y las empresas vulneran los derechos humanos a la vida, salud y medioambiente producto del funcionamiento del Parque Industrial Ventanas. Se hace referencia, en particular, al episodio de contaminación del aire provocado por la emanación de una nube tóxica ocurrido en 2011.¹⁰

En el *Informe 2019* se desarrolló un estudio de información ambiental en materia de calidad y contaminación del aire, considerando las obligaciones internacionales de derechos humanos –particularmente el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la salud y el

8 Comité de Sistematización, *Encuentros locales autoconvocados, Sistematización de fundamentos valores y principios*, enero de 2017.

9 "Recursos naturales, empresas y derechos humanos. Análisis del impacto de actividades productivas sobre los recursos naturales y el medio ambiente", *Informe Anual 2018*, Santiago, INDH, 2018, pp. 121-165

10 Hubo varios episodios contaminantes durante ese año, siendo el más relevante y con mayor cobertura mediática el acontecido el 23 de marzo de 2011 en La Greda, producto de las emisiones de la chimenea de la Fundición de Codelco División Ventanas.

derecho a vivir en un medioambiente sano—, concluyendo que la información existente en esta materia es insuficiente para tomar decisiones tendientes a la protección del derecho a la salud, ya sea de manera individual o a través de una política pública. Al respecto, la confirmación de la no firma del Acuerdo de Escazú,¹¹ refleja la ausencia de voluntad por parte del gobierno en lo que se refiere a fortalecer el acceso a la información y la participación ciudadana en materia medioambiental.¹²

Por su parte, el Informe 2018 del INDH describe las repercusiones que la contaminación y la inadecuada explotación de los recursos naturales tiene sobre las personas y su entorno, y en particular aborda las vulneraciones a los derechos humanos de los habitantes de las denominadas “zonas de sacrificio” ubicadas en las comunas de Tocopilla, Mejillones, Huasco, Coronel y Quintero-Puchuncaví.¹³ Entre las sustancias contaminantes, se mencionan los desechos biológicos y la contaminación generada por la acuicultura en el mar, los desechos y las emisiones atmosféricas de la minería y, finalmente, los residuos sólidos y líquidos, y las emisiones atmosféricas emitidas por las centrales termoeléctricas.

Si bien se reconoce el esfuerzo realizado por el Estado en la materia, el Informe 2018 del INDH identifica varios aspectos problemáticos. Entre ellos se encuentran las deficiencias en el cumplimiento de estándares internacionales de normas de calidad y emisión, la ausencia de un cuerpo normativo integrador sectorial, las restricciones que presenta la evaluación de impacto ambiental de las actividades productivas, y el insuficiente apoyo en el desarrollo de las labores de la SMA, entre otros.

Sin embargo, muchas de estas situaciones se perpetúan en el tiempo. En concreto, entre agosto y septiembre de 2018, se presentaron ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso 12 recursos de protección con el objetivo de cautelar los derechos de los habitantes de la bahía de Quintero y Puchuncaví, debido a diversos episodios de contaminación producidos por las múltiples industrias que conforman el Complejo Industrial Ventanas, y que provocaron la intoxicación de una cantidad indeterminada de personas.¹⁴

11 País Circular, Ministerio de Medio Ambiente y Ministerio de Relaciones Exteriores, *Planteamientos del Gobierno de Chile respecto al Acuerdo de Escazú*, 22 de septiembre de 2020.

12 Para mayor información sobre los argumentos del Gobierno para no firmar Escazú y los argumentos para rebatir dicha postura ver TV Senado: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/medio-ambiente/comision-de-medio-ambiente-y-bienes-nacionales/2020-09-28/074459.html>

13 Nina Hormazábal Poblete y otros, “Habitar en una zona de sacrificio: análisis multiescalar de la comuna de Puchuncaví”, *Revista hábitat sustentable* vol.9, n.2, 2019.

14 Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°7266; N°7412; N°7468; N°7469; N°7475; N°7837; N°8030; N°8036; N°8061; N°8127; N°8132; N°8223-2018. Cabe señalar que estos recursos fueron acumulados.

Estas acciones de protección fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones, y posteriormente acogidas por la Corte Suprema,¹⁵ la que concluyó que la autoridad ambiental habría incurrido en omisiones ilegales y conculcado los derechos a la vida, y a la integridad física y síquica, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y el derecho a la protección de la salud. Además, hace especial aplicación de los principios de derecho ambiental preventivo y precautorio para fundar y determinar su decisión y medidas. Por último, ordena a la autoridad ambiental que elabore informes precisos y detallados que permitan determinar el método más adecuado para realizar una caracterización específica de cada contaminante que hay en la zona, de su concentración y su fuente de emisión, además de las patologías asociadas a la contaminación del suelo, el aire y agua.¹⁶

Sin embargo, a un año de dictada la sentencia de la Corte Suprema, varias organizaciones ambientales y de derechos humanos han alegado que no se ha dado cumplimiento cabal de ella y que se mantienen las graves circunstancias de contaminación.¹⁷

2.1 El estallido social desde la crisis hídrica

Según el mapa de conflictos ambientales del INDH, a la fecha se registran 117 conflictos ambientales, de los cuales el 44% se vincula con el agua.¹⁸ El adecuado y equitativo manejo, distribución y protección de este componente del medio ambiente, se hace aún más relevante en los escenarios actuales de cambio climático, mega sequía y escasez, y particularmente en un contexto de pandemia donde las autoridades sanitarias promueven el lavado de manos como una de las tres medidas de prevención del contagio.¹⁹

Chile posee siete de los nueve criterios de vulnerabilidad al cambio

15 Excma. Corte Suprema, Rol N°588-2019, 30 de mayo de 2019.

16 La Clínica de Justicia Ambiental de la Universidad Diego Portales, el INDH y la Defensoría de la Niñez pidieron a la Corte de Apelaciones el desarchivo de la causa porque aún no estaba cumplida la sentencia. La Corte de Apelaciones accedió al desarchivo.

17 DiarioUchile: "Puchuncaví–Quintero: a un año del fallo de la Suprema sigue siendo una Zona de Sacrificio", 8 de junio de 2020.

El Mostrador: "INDH solicita informe a la Corte de Apelaciones de Valparaíso para comprobar cumplimiento de histórico fallo por la contaminación en Quintero y Puchuncaví", 28 de mayo 2020.

Defensoría ambiental.org: "El derecho a respirar en paz", 4 de junio de 2020.

18 El Mapa de conflictos socioambientales en Chile 2015, Versión digital, Santiago de Chile, mayo de 2016, registraba hasta la fecha 102 conflictos socioambientales, (disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/989/libro.pdf?sequence=5>) En el mapa online se pueden observar al 3 de agosto de 2020, 117 conflictos ambientales, el 38% de ellos vinculados a la energía, el 28% a la minería, el 9% al saneamiento ambiental, el 26% a otros sectores. Del total, el 44% son conflictos que se vinculan con el agua (52 conflictos). Mapa disponible en <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>

19 Gobierno de Chile, Autocuidado, <https://www.gob.cl/coronavirus/autocuidado/>

climático identificados por Naciones Unidas. Uno de ellos dice relación con que nuestro país tiene áreas propensas a la sequía y la desertificación.²⁰ Esto se refleja en la mega sequía que desde hace más de diez años enfrenta Chile, específicamente desde la región de Coquimbo a la región de Los Lagos, donde el registro de precipitaciones históricas ha experimentado una disminución drástica como consecuencia del cambio climático.²¹ La escasez hídrica es un concepto que integra el factor antrópico de uso del agua en las cuencas, lo que a su vez permite visibilizar la deficiente institucionalidad y regulación a la hora de resguardar un equilibrio entre la oferta y la demanda del agua.²² En 2015, ya se reconocía que 110 acuíferos del país se encontraban con una demanda comprometida superior a su recarga²³ y la DGA había dictado un total de 11 declaraciones de agotamiento en fuentes superficiales.²⁴

Frente a esta situación, se ha tornado relevante el concepto de seguridad hídrica, el cual implica tener “acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada, definida por cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo, tanto para la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico y la conservación de los ecosistemas, manteniendo una alta resiliencia frente a amenazas asociadas a sequías, crecidas y contaminación”.²⁵

Desde distintas apreciaciones, todos los entrevistados concuerdan en que el tema del agua es un elemento central de la discusión social. Al respecto, Oscar Cristi, el director de la Dirección General de Aguas

20 Gobierno de Chile, *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022*.

21 Nuestro país experimenta un déficit generalizado de precipitaciones que viene manifestándose desde hace ya varios años [...]. Déficit de las Regiones en agosto de 2019 en comparación con promedios a la misma fecha entre los años 1981 - 2010: Región de Atacama, -99%, Región de Coquimbo -87%, Región de Valparaíso y Región Metropolitana -77%, Región de O'Higgins -78%, Región del Maule -52%, Región de Ñuble -34%, Región del Bío Bío -41%, Región de La Araucanía -36%, Región de Los Ríos -4%, Región de Los Lagos -21%. *Informe País. Estado del medio ambiente en Chile 2018*, Institutos de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2019.

22 En esta relación se considera la oferta como aquella cantidad de agua que ofrece la fuente del recurso superficial y subterránea, luego de haber tomado en cuenta la cantidad de agua que necesita el ecosistema para mantener su funcionalidad, elaborada a partir de la recopilación de los balances hídricos disponibles para cada cuenca. En tanto, la demanda de agua –que utiliza según la metodología internacional el consumo hídrico–, es entendida como el volumen total de agua dulce extraída de fuentes, superficiales y/o subterráneas, por parte de diferentes usuarios en un espacio y tiempo determinado para producir bienes y servicios, que no retorna al ambiente de donde se extrajo. *Radiografía del agua. Brecha y riesgo hídrico en Chile*, Escenarios hídricos 2030 Chile, junio de 2018.

23 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Política Nacional para los Recursos Hídricos*, 2015, p. 27.

24 DGA, *Atlas del Agua*, 2016, p. 90.

25 Laboratorio de Análisis Territorial, *Informe Final: Estudio de seguridad hídrica en Chile en un contexto de cambio climático para la elaboración de un Plan de adaptación de los recursos hídricos al cambio climático*, 2017, pp. 16.

(en adelante, DGA) reconoce que el tema de la conflictividad social del agua es anterior al *estallido social*, especialmente en aquellos lugares donde el agua es escasa, pero indica que ciertamente las protestas lo recogen,²⁶ y, en la misma línea, reconoce que será uno de los temas a tratar en el debate de la nueva Constitución.

Por su parte, Rodrigo Mundaca, destaca la consigna que se instaló con mucha fuerza durante el *estallido social*, “No es sequía es saqueo”, que surgió de una entrevista que le realizaron en su calidad de representante del Movimiento de Defensa por el Acceso al Agua, la Tierra y la Protección del Medioambiente (MODATIMA). Dicho lema se observó a lo largo de todo Chile durante las protestas.²⁷ También releva que, en el marco del *estallido social*, el 1 de noviembre de 2019, el periódico electrónico Interferencia, publicó un reportaje²⁸ que denunciaba el espionaje que Carabineros habría estado desarrollando y que incluía a diferentes dirigentes ambientales, incluido el mismo Rodrigo Mundaca.²⁹ El activista destaca que esto se debe a que en la práctica las batallas de los ambientalistas tienen que ver con las bases de la desigualdad, las que a su vez se vinculan con la apropiación del agua y la tierra, por lo que, entre comillas, eran “un peligro para el Estado”. Representados los dirigentes por abogados de la Defensoría Popular, presentaron un recurso de amparo que fue desestimado por la Corte Suprema.³⁰

Ezio Costa, director de la ONG FIMA, señala que la escasez del agua genera desesperación y, además, temor en aquellas personas que se ven amenazadas, lo cual se agrava con las bochornosas imágenes que muestran valles cubiertos de plantaciones de paltos, en localidades donde, sin embargo, no hay agua suficiente para beber. Costa señala que estas son claras muestras de desigualdad y abuso.³¹

Entre otras razones, se ha escogido este tema porque, como se explicará a lo largo de este capítulo, el marco constitucional existente se ha identificado como determinante en la regulación de los componentes del medio ambiente y en particular de las aguas. En este sentido,

26 Entrevista a Oscar Cristi, director de la DGA, 11 de septiembre de 2020.

27 Entrevista a Rodrigo Mundaca, vocero nacional del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

28 Interferencia: “PacoLeaks: Estos son los nombres y organizaciones que han sido vigiladas por Carabineros en los últimos meses”, 3 de noviembre 2020.

29 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente. MODATIMA, 29 de julio de 2020.

30 El senador Alejandro Navarro y la senadora Yasna Provoste, interpusieron un recurso de amparo en favor de Rodrigo Mundaca Cabrera, vocero nacional de MODATIMA; Mario Aguilar Arévalo, presidente del Colegio de Profesores; y, José Pérez Debelli, presidente de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales, ANEF, en contra del general director de Carabineros, Mario Alberto Rozas Córdova, chileno, y el ministro de Interior y Seguridad Pública, Gonzalo Fernando Blumel Maciver. Amparo Rol 2319-2019 de la Corte de Apelaciones, resuelto Rol N°40.903-19.

31 Entrevista a Ezio Costa, director ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020.

incorporar el derecho humano al agua, avanzar hacia una mayor protección de la naturaleza y evaluar el modelo mediante el cual esta es explotada, se han presentado como una de las temáticas a discutir de cara a la redacción de una nueva Constitución.

Finalmente, la reciente crisis sanitaria que se vive a nivel mundial, debido al Covid-19, de nuevo coloca al centro de la discusión el derecho a acceder al agua y al saneamiento, derechos cuya garantía es deficiente hoy en Chile. Es por ello que, en este nuevo escenario político y social del país, volvemos a revisar en qué consiste el derecho humano al agua y cómo ha ido evolucionando el mismo en los últimos años.

2. DERECHO HUMANO AL AGUA

2.1 El Derecho humano al agua e Informes anteriores

El 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su Resolución 64/292, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento,³² señalando que son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Al respecto, 122 países votaron a favor de esta resolución, entre ellos Chile; 29 Estados estuvieron ausentes de la votación; y 41 se abstuvieron.³³

Dicha resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.³⁴ Por su parte, en octubre de ese mismo año, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, rápidamente generó su propia declaración para apoyar el derecho humano al agua y la sanitización.³⁵ La consagración del derecho humano al agua tiene diversos fundamentos. Entre ellos, se destaca la progresiva disminución del componente agua en el medio ambiente, pero también surge como respuesta a la economía que se estaba desarrollando durante el siglo XX, que se

32 Resolución A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas, julio de 2010, párr. 1.

33 Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de julio de 2010, Resolución A/64/PV.108.

34 Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de agosto de 2010, Punto 2 de la Resolución A/RES/64/292.

35 Consejo de Derechos Humanos, Los Derechos Humanos de Saneamiento y Acceso al Agua Potable y al Saneamiento A/HRC/RES/15/9, del 6 de octubre de 2010, ver párrafo 3: "Afirma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana".

enfocó en mecanismos de mercado, de autorregulación y de una escasa intervención pública.³⁶

En el *Informe 2013* se revisó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)³⁷ y la Observación General N°15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el grupo de expertos encargado de interpretar y monitorear el cumplimiento del PIDESC. Dicha Observación General N°15, interpretando el contenido del PIDESC,³⁸ reconoció que el derecho humano al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de una vida adecuada y del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,³⁹ consagrados en los artículos 11 párrafo 1 y 12 del PIDESC.

Dicha observación dotó de contenido al derecho humano al agua, definiéndolo como “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asegurable para su uso personal y doméstico”.⁴⁰ Esto permitió elevar su estándar de protección y, a su vez, enriquecer la discusión en torno a este emergente derecho. A continuación, se revisarán los elementos de disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua.

La disponibilidad de agua implica que el abastecimiento de esta debe ser continuo y suficiente para usos personales y domésticos.⁴¹ A pesar de que las necesidades de agua para satisfacer la salud humana son altamente variables, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) estableció ciertas directrices respecto de la cantidad de agua que debiese disponer cada individuo para promover la salud. En este sentido, la OMS determinó que: el “no acceso” define aquellos casos en que se dispone de menos de 5 litros de agua por persona al día, lo que no asegura el consumo humano y no permitiría satisfacer necesidades de higiene; un “acceso básico” equivale a unos 20 litros al día; un “acceso intermedio” es de 50 litros; y finalmente un “acceso óptimo” es de 100-200 litros al

36 Antonio Pulgar Martínez, “El Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente en América Latina”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 16 N° 1, Santiago, Universidad de Chile, 2020, p. 102, refiriéndose a Justo, Juan Bautista (2013). *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (ODM), Santiago, CEPAL, 2013, pp. 13-14.

37 Dicho Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976, siendo ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

38 Que no reconoce expresamente el derecho humano al agua.

39 A pesar de que esta observación no reconoce el derecho humano al agua como un elemento autónomo, se analizarán aquí sus elementos por la forma en que estos han sido desarrollados.

40 Observación General N 15 E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, Consejo Económico, y Social, Naciones Unidas.

41 Observación General N° 15, Párrafo 12 A.

día.⁴² Como revisaremos más adelante, esta cantidad establecida no ha estado exenta de críticas y conflictos, sobre todo entre aquellos habitantes que deben subsistir con estos accesos moderados u “óptimos”.

No solo la cantidad de agua es relevante al momento de garantizar este derecho, sino que también es fundamental la calidad del agua. En este sentido, juega un rol importante cómo el Estado protege este recurso de cualquier agente contaminante, sobre todo teniendo en consideración aquellos proyectos o actividades que impactan las aguas superficiales y subterráneas. De acuerdo con la Observación General N°15 el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.⁴³

En Chile se han presentado problemas graves de calidad en el agua que proveen las empresas sanitarias, especialmente en las ciudades del norte del país,⁴⁴ ocasionando problemas de salud en el largo plazo.⁴⁵ También en casos específicos vinculados a emergencias como las que se vivió en Osorno y la calidad del agua entregada por medio de camiones aljibes en comunas como Petorca. Asimismo, se reconoce la laxitud de ciertas normas que no necesariamente garantizan altos estándares de calidad. En este contexto, el entonces Relator Especial Hadji Guissé explicó, en su informe del año 2005, que los estándares de calidad de agua deben ser revisados de manera periódica y progresivamente aumentados,⁴⁶ en virtud de la obligación de progresividad del PIDESC.

La accesibilidad al agua, por su parte, no solo implica poder acceder físicamente a esta, sino que también la capacidad de costearla.⁴⁷ La posibilidad física de acceder al agua implica que los servicios y las instalaciones

42 Tabla S1: Summary of requirement for water service level to promote health in WHO/SDE/WSH/03.02, Domestic Water Quantity, Service, Level and Health, World Health Organization 2003.

43 Observación General N° 15, Literal b) Punto 12.

44 Según un informe del Banco Mundial, entre 2011 y 2018 una de cada tres grandes ciudades en el norte de Chile tiene niveles de arsénico mayores a 10 µg / L el 94% de las veces, y en 83 localidades de las 392 encuestadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el nivel de arsénico en el agua alcanzó exactamente el umbral de 10 µg / L fijado por la OMS. También ver: Richard Damania y otros, *Calidad desconocida: La crisis invisible del agua*, Grupo Banco Mundial, 2019, pp. 35-36.

45 Craig M Steinmaus y otros, “Drinking water arsenic in northern Chile: high cancer risks 40 years after exposure cessation”, *Cancer, Epidemiology, Biomarkers and Prevention*, 2013, pp. 623-630.

46 El Hadji Guissé, *Realization of the Right to Drinking Water and Sanitation: Report of the Special Rapporteur*, El Hadji Guissé, United Nations Economic and Social Council, 2005, párrafo 7.2.

47 Como uno de los elementos de accesibilidad que se regula en la Observación General N° 15 está la posibilidad de que sean económicamente accesibles para todos, párrafo 12 c) (ii) “El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.”

estén al alcance físico de las personas, considerando criterios de género, pobreza, entre otros. El *Informe 2017*, analiza cómo el Estado busca cumplir con su deber de proveer agua a la población, revisando el marco regulatorio del agua potable y el rol de las empresas sanitarias.

Conforme a lo señalado, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho humano al agua, presentando exigencias en relación con su disponibilidad, calidad y accesibilidad. A su vez, las obligaciones de los Estados respecto a garantizar el derecho humano al agua se traducen en ciertas obligaciones generales y otras específicas que incluyen la obligación de respetar, proteger y cumplir.

La obligación de respetar implica “el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua”. Esto es especialmente relevante en relación con las actividades propias del Estado, como las que realizan las empresas de su propiedad, las obras públicas, y las actividades financiadas o subvencionadas a través de fondos públicos.⁴⁸

Por su parte, la obligación de proteger exige a los Estados que “impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”, entendiéndose por terceros a particulares, grupos, empresas u otras entidades, así como quienes obren en su nombre. Finalmente, la obligación de cumplir se subdivide en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar dicho derecho.

Por último, los Estados son llamados a desarrollar las herramientas y mecanismos necesarios para lograr de forma progresiva la completa realización de este derecho, los que pueden abarcar legislación, planes y estrategias integrales para el sector, incluyendo mecanismos financieros.⁴⁹

48 Observación general N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales E/C.12/GC/24; y, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas Derechos Humanos, Alto Comisionado. Especialmente el principio 4. “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”; y principio 6.6. “Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales”.

49 Consejo de Derecho Humanos, Los derechos humanos de saneamiento y acceso al agua potable y al Saneamiento A/HRC/RES/15/9, del 6 de octubre de 2010. Human Rights Council, Fifteenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Resolution adopted by the Human Rights Council, 15/9 Human rights and access to safe drinking water and sanitation.

En agosto de 2020, el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos al agua y a la salud, Leo Heller, señaló que el Gobierno chileno no cumple sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si da prioridad al desarrollo económico por sobre los derechos al agua y la salud. Específicamente, se refirió al proyecto hidroeléctrico Alto Maipo y al negocio de la palta, ya que ambas actividades económicas pueden poner en riesgo el abastecimiento, lo que es en especial preocupante en medio de la pandemia del Covid-19. Heller se refirió a los 50 litros de agua diarios que son destinados para el consumo de cada habitante de Petorca y afirmó que no son suficientes para cubrir las necesidades básicas durante una pandemia. Respecto a Alto Maipo, señaló que ese proyecto no solo podría reducir la principal fuente de agua potable de los residentes de Santiago de Chile, sino que también podría agravar la contaminación del aire en la ciudad. Puntualizó, asimismo, que el gobierno, más allá de los respectivos estudios ambientales, no ha tomado medidas para garantizar el derecho humano al agua de las personas afectadas por este megaproyecto.⁵⁰

2.2 Alcance del derecho humano al agua

El concepto original del derecho humano al agua, como ya lo hemos indicado, dice relación con el acceso a agua potable y el saneamiento, sin embargo, es una noción que ha ido evolucionando, expandiéndose a los beneficios directos e indirectos que el agua provee. En este sentido, la necesidad de integración del valor del agua para las comunidades indígenas y para los ecosistemas se hace cada día más importante.⁵¹

a. Pueblos indígenas y el derecho humano al agua

El Convenio 169 de la OIT⁵² desarrolla en detalle los derechos de los pueblos indígenas. Específicamente, su artículo 15 busca resguardar sus derechos sobre los recursos naturales vinculados a sus tierras. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³ consagra también los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales.⁵⁴ A su vez, la Asamblea General de la OEA en su

50 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas: "Chile debe dar prioridad a los derechos al agua y la salud antes que los intereses económicos", 20 de agosto de 2020.

51 Antonio Pulgar Martínez, "El Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente en América Latina", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2020, pp. 99-118.

52 Vigente en Chile desde el 10 de junio de 2016.

53 Dicho Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional el 14 de agosto de 1990; y el 21 de agosto de 1990 se depositó el instrumento de ratificación ante el secretario general de la Organización de los Estados Americanos.

54 En su artículo XVIII punto 1, relativo a la salud, señala que "Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales."

resolución 2349/07,⁵⁵ reconoce y respeta el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres, de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales. Asimismo, subraya la importancia de este recurso como fuente de energía.

La jurisprudencia de la CIDH ha reconocido en el *caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*,⁵⁶ que “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. (...)”.⁵⁷ En este contexto, Yáñez y Gentes, analizando ciertos fallos de la CIDH,⁵⁸ concluyen que los derechos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión. Por un lado, constituyen “a) derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que conforman el hábitat necesario para la reproducción de su cultura y la articulación de su propia estrategia desarrollo”; y, por otro lado, una segunda dimensión que incluye el “b) acceso al agua limpia y a servicios sanitarios que garantizan una vida digna para los Pueblos Indígenas y sus miembros (...)”.⁵⁹

Recientemente, en un fallo de la CIDH, del 6 de febrero de 2020, *de las comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat versus Argentina*,⁶⁰ se analizaron, por primera vez, en forma autónoma los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y saneamiento, y a la identidad cultural, a partir del artículo 26 de la Convención Americana. La CIDH indicó, en relación con las obligaciones que tienen los Estados, que “(...) el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas (...) facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua [y que] las comunidades nómadas [...] tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales.”⁶¹ La CIDH ordenó medidas de reparación específicas para la restitución de los derechos antes menciona-

55 AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, El Agua, la Salud y los Derechos Humanos.

56 CIDH, *caso comunidad Yakye Axa versus Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005.

57 *Ibíd.*, párr. 167.

58 CIDH, *caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua y caso comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*.

59 Nancy Yáñez e Igno Gentes, “Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia en gestión pertinente en territorios indígenas. Resumen ejecutivo”, *Water Law and Indigenous Rights*, Santiago, 2006, pp. 9-10.

60 CIDH, *caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) versus Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020.

61 *Ibíd.*, párrafo 230.

dos, incluyendo acciones para el acceso al agua y a la alimentación, para la recuperación de recursos forestales y la cultura indígena.⁶²

En la línea de complementar lo antes expuesto, es esencial comprender el vínculo que existe entre la cosmovisión indígena y el agua, elemento que juega un rol fundamental en la existencia diaria, en las tradiciones, la cultura y las instituciones de los pueblos indígenas.⁶³ Las comunidades indígenas tienen derecho al respeto de todas las protecciones y garantías otorgadas por el derecho internacional, que incluyen el derecho humano al agua, pero además a que sean ejercidos de acuerdo a las características de su propia cultura y en concordancia con los derechos que les han sido reconocidos internacionalmente en la Declaración de Naciones Unidas.⁶⁴ Estos incluyen el derecho de autodeterminación,⁶⁵ el mantenimiento de una relación cultural con los recursos,⁶⁶ la protección legal de la capacidad productiva de sus tierras,⁶⁷ los derechos de información previa consulta y, en algunos casos, consentimiento previo, libre e informado respecto del desarrollo de sus derechos.⁶⁸

Es importante reconocer, también, que el concepto de derechos humanos desarrollado en el contexto de la cultura occidental, puede sujetar a las comunidades indígenas a nociones y regímenes de protección que les son ajenos.⁶⁹ Sin perjuicio de ello, las comunidades indígenas han utilizado el derecho humano al agua para posicionar sus visiones respecto del manejo y uso de ese vital elemento y garantizar el reconocimiento de sus usos ancestrales, buscando el apoyo de la comunidad internacional y contribuyendo, así, a un proceso de legitimización dentro de sus países,⁷⁰ cuando la regulación e institucionalidad nacional les ha fallado.

Teniendo presente que dentro de los grupos más vulnerables a los impactos del modelo extractivista se encuentran las comunidades indígenas, garantizar el derecho humano al agua sin discriminación a dichos pueblos es un tema que debe priorizarse. En este sentido, el relator especial sobre derechos humano y agua potable al saneamiento, Leo Heller, en su informe de 2019, destacó que los megaproyectos pueden ser un arma de

62 Comunicado Corte IDH, "Argentina es responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria indígena, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua. Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina", 2 de abril de 2020.

63 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *El derecho al agua*, Ficha informativa N°35, pp. 23.

64 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, GA Res 61/295, UN Doc A/RES/61/295 (2 octubre 2007, adoptada 13 septiembre 2007).

65 *Ibid.*, Artículo 2.

66 *Ibid.*, Artículo 25.

67 *Ibid.*, Artículo 29.

68 *Ibid.*, Artículo 32.

69 Jennifer Hendry and Melissa L Tatum, "Human Rights, Indigenous Peoples, and the Pursuit of Justice", *Yale Law & Policy Review*, 2016, pp. 351-354.

70 Ximena Cuadra Montoya, "Nuevas estrategias de los movimientos indígenas contra el extractivismo en Chile", *Revista CIDOB* N°105, 2014, pp. 141-162, 156.

doble filo, ya que así como podrían contribuir, a mejorar los medios de vida de la población, también se pueden convertir en un obstáculo para el disfrute de los derechos humanos al agua y al saneamiento.⁷¹

b. Protección del medio ambiente y el derecho humano al agua

Lentamente, hemos ido comprendiendo que el agua, si bien es un recurso que tiene un ciclo hidrológico, es un componente del medio ambiente que puede agotarse si no lo usamos de forma razonable y sustentable, en especial, las aguas subterráneas.⁷² En este sentido, la opinión consultiva N° 23 de la CIDH⁷³ reconoce la relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, reconociéndose expresamente los peligros que representan para el ejercicio de los derechos humanos la degradación ambiental, la desertificación y los efectos del cambio climático.⁷⁴

Parte de la conexión entre la protección ambiental y la gestión de las aguas ha sido abordada en la Agenda 2030 de los objetivos de desarrollo sostenible. Sumado al objetivo N° 6 que se refiere a la disponibilidad y gestión sostenible de las aguas, es posible encontrar cinco objetivos relacionados con la protección de las aguas continentales y oceánicas, los que son entendidos como un todo indivisible en la lucha contra la pobreza mundial.⁷⁵

Por su parte, al definirse los lineamientos de la actualización de la Contribución Determinada a Nivel Nacional –(NDC, por sus siglas en inglés) de Chile, 2020– se estableció como criterio, para el pilar social de transición justa y desarrollo sostenible, la seguridad hídrica en el siguiente sentido: “Los instrumentos y medidas que deriven de la implementación de esta NDC deberán favorecer el acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada, determinada en función de las realidades propias de cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo para la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico y la conservación de los ecosistemas”. Esto a su vez, se traduce en compromisos específicos, para el 2025 y 2030, en materia de adaptación⁷⁶

71 Informe Relator Especial derecho humano al agua y al saneamiento, A/74/197, 19 de julio de 2019.

72 Marc F P Bierkens y Yoshihide Wada, “Non-renewable groundwater use and groundwater depletion: a review”, *Environmental Research Letters*, volumen 14, Number 6, 2019

73 CIDH, Opinión Consultiva 23/17, “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal: Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 2017.

74 *Ibíd.*, párr. 54.

75 Antonio Pulgar Martínez, *op. cit.*, pp. 104-105.

76 Plan de Adaptación para los Recursos Hídricos (2022 y su actualización al 2027); aumentar la información y mecanismos de gestión del país respecto de los impactos del cambio climático en recursos hídricos para aumentar su resiliencia, desarrollándose 8 acciones climáticas (p. 43 de la Actualización NDC).

y acciones climáticas,⁷⁷ que incluyen, entre otros, la elaboración de planes estratégicos de cuencas para gestión de recursos hídricos; la fiscalización de un 95% de los sistemas sanitarios rurales catastrados, asegurando los estándares de calidad de los servicios de agua potable rural; y la reducción del 25% de las pérdidas de agua por concepto de volumen de aguas no facturadas de los servicios sanitarios.⁷⁸

En el plano internacional, es posible observar que ha sido progresivo el reconocimiento de la interdependencia entre el derecho a vivir en un medio ambiente sano,⁷⁹ el derecho humano al agua y la identidad cultural de los pueblos originarios. Asimismo, el razonamiento de la CIDH ha reforzado la necesidad de extender las obligaciones de los Estados respecto a las poblaciones especialmente vulnerables.⁸⁰

Si bien, se reconocen los importantes avances en materia de sanitización y acceso al agua en Chile, el marco normativo e institucional se presenta como uno de los principales problemas para lograr la conservación de aquellos ecosistemas que son esenciales si queremos garantizar el derecho humano al agua, y una adecuada distribución, redistribución y reutilización de ella.

A pesar de que el Estado de Chile ha aceptado los elementos que componen el derecho humano al agua, la realización de este derecho y la protección del componente agua es compleja ya que, como se explicará a continuación, se circunscribe a un marco constitucional que otorga fuertes garantías a la propiedad privada y a la libertad económica.⁸¹

77 a) Al 2025 se habrá implementado un indicador, a nivel nacional y a escala de cuenca hidrográfica, que permita hacer seguimiento de la brecha y riesgo hídrico y avanzar en alcanzar la seguridad hídrica del país.

b) Al 2025 se habrá implementado un sistema de sellos de reconocimiento según el nivel de gestión del consumo de agua a nivel organizacional, a través del programa Huella Chile.

c) Al 2030 se habrán elaborado Planes Estratégicos de Cuenca para Gestión de Recursos Hídricos, considerando la adaptación al cambio climático, en las 101 cuencas del país.

d) Al 2030 se habrán fiscalizado un 95% de los Sistemas Sanitarios Rurales catastrados, asegurando los estándares de calidad de los servicios de agua potable rural.

e) Al 2030, el 100% de las empresas sanitarias tendrán implementado un plan para la gestión de riesgo de desastres, incluyendo aquellos derivados del cambio climático.

f) Al 2030, se habrán completado el 100% de las metas de la Agenda 2030 del sector sanitario.

g) Al 2030, cada proyecto de infraestructura pública para aguas contemplará, en su evaluación, la condición de proteger a la población y territorio (mediante obras fluviales) y/o atender en forma prioritaria las demandas asociadas al consumo humano urbano y/o rural, en su área de influencia.

h) Al 2030, se reducirá al menos en un 25% las pérdidas de agua por concepto del volumen de aguas no facturadas de los sistemas sanitarios.

78 Gobierno de Chile.cl: "Contribución Nacional Determinada Chile, Actualización 2020".

79 Ampliamos el concepto, ya que, si bien la Constitución reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entendemos que este es más restrictivo de lo que debiese entenderse por un medio ambiente saludable.

80 Antonio Pulgar Martínez, op. cit., p. 108.

81 Carl Bauer, *Canto de Sirenas, el derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, Santiago, Ediciones El Desconcierto, 2015, p. 134.

3. LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN

En esta sección identificaremos las normas constitucionales que establecen el marco para la regulación de las aguas en nuestro país, partiendo por el régimen constitucional de bienes nacionales de uso público (art. 19 N° 23), la especial protección que la Constitución otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas mediante el derechos de propiedad (art. 19 N° 24 inciso final); el derecho a la vida (art. 19 N° 1); y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8). A su vez, se revisarán los proyectos de reforma constitucional que se tramitan en el Congreso, que buscan modificar la Carta Fundamental en materia de aguas, y que por más de una década no han prosperado.

3.1 Bien nacional de uso público y derechos de aprovechamiento de aguas

Las normas constitucionales que establecen el marco jurídico para los recursos naturales, incluidas las aguas, se encuentran principalmente contenidas en los artículos 19 N° 23 y 24, que respectivamente garantizan el derecho a adquirir toda clase de bienes y el derecho de propiedad.⁸² Estas normas permiten hacer una aproximación a la regulación de las aguas desde dos perspectivas: como un bien común de todos los seres humanos, y como derecho de propiedad privada individual que existe sobre el aprovechamiento de las aguas. En este sentido, no hay un derecho de propiedad sobre las aguas, pero sí propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de estas.

En relación con la primera, la Constitución establece la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y exceptúa aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Si bien la Constitución no se pronuncia respecto de la calificación jurídica de las aguas,⁸³ se reconoce la importancia del artículo 19 N° 23 en la regulación de los recursos naturales,⁸⁴ ya que, en base a dicho artículo, el Código de Aguas (CA) establece que las aguas son bienes nacionales de uso público.⁸⁵

Doctrinariamente existen una serie de discusiones sobre el concepto y en relación a la implicancia de la declaración de *bien nacional de uso*

82 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, "Las aguas en la Constitución: estado actual y proyecto de modificación", en Pilar Moraga (ed.), *La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019, pp. 111-124.

83 Tatiana Celume, "Consideraciones jurídicas económicas en la configuración de la publicación de las aguas en Chile", Tesis Doctoral Universidad de Salamanca, 2011, p.107.

84 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit., p. 113.

85 El artículo 595 del Código Civil y el artículo 5 del CA, se refieren a la condición del agua como bien nacional de uso público.

público.⁸⁶ Su definición legal establece que su uso y dominio pertenecen a todos los habitantes de la nación.⁸⁷ Para Tatiana Celume, los fundamentos en virtud de los cuales se estableció el agua en esa calidad conllevan un régimen concesional de las aguas,⁸⁸ lo que debería tenerse siempre presente al momento de determinar la extensión y las limitaciones de los derechos que se otorguen sobre esos bienes.⁸⁹ Para otros académicos, la especial protección que la Constitución otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas, impediría establecer ciertas restricciones, por ejemplo, de temporalidad o de usos, ya que dejaría en un precario e incierto estado a los titulares de los derechos.⁹⁰ En este mismo sentido, no hay acuerdo sobre si existe coherencia entre la condición de bien nacional de uso público y el derecho de propiedad garantizado sobre el aprovechamiento de las aguas.⁹¹

Por otro lado, como se adelantaba, se encuentra la perspectiva privada o individual del agua. El CA establece Derechos de Aprovechamiento de Aguas (en adelante, DDA),⁹² los que se caracterizan, como regla general, por ser gratuitos, indefinidos, e incondicionados a un uso específico.⁹³ La Constitución, por su parte, dentro del listado de derechos y deberes constitucionales, al regular el derecho de propiedad

86 Respecto de los bienes nacionales de uso público y la concesión, Dominique Hervé identifica dentro de la doctrina nacional a Jorge Reyes, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960; y Santiago Montt, *El dominio público: Estudio de régimen especial de protección y utilización*, Santiago, LexisNexis, 2002.

87 Código Civil, Artículo 589.

88 Si la actual regulación de las aguas constituye un régimen concesional es una discusión que no estaría completamente zanjada, ya que para varios autores la regulación de las aguas está sujeta a un régimen especial, lo que ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la reforma al CA, al establecer temporalidad y limitaciones. Para mayor detalle revisar la discusión del proyecto de ley, Boletín N°7543-12, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

89 Para Celume, "(...), cualquier fórmula de uso que se cree (privativa o no privativa) deberá siempre ajustarse, ya en clave constitucional, al interés general que ha justificado la publicación". Es decir, es necesario tener presente los fundamentos que están detrás de que el agua sea considerada un bien común a todos los hombres al momento de determinar su regulación. Continúa Celume señalando que esto traerá, a su vez, como una consecuencia ineludible que, de configurarse un sistema concesional, "el contenido del derecho que nazca estará atado a los designios de la publicatio, de lo que derivará su consecuente amplitud, extensión, duración y limitaciones."

90 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

91 Mientras Alejandro Vergara y Tatiana Celume establecen que existe una contradicción entre el derecho de propiedad garantizado por la Constitución sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, y la declaración de bien nacional de uso público establecido en el Código de Aguas, Fernanda Atria y Constanza Salgado señalan que el legislador tiene suficientes atribuciones para regular el agua, e incluso los derechos de aprovechamiento constituidos.

92 Código de Aguas, artículo 5°.

93 Macarena Contreras y Judith Schönsteiner, "Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del Estado y de las empresas sanitarias", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2017*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2017, p.118.

establece que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidas o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a los titulares la propiedad sobre ellos”.⁹⁴

A pesar de que implícitamente la Constitución vincula los bienes públicos con los recursos naturales,⁹⁵ la protección constitucional del derecho de propiedad que revisten los DAA ha significado que en la práctica prime la condición privada por sobre la condición de bien nacional de uso público del agua.⁹⁶ En este sentido, a pesar de que el agua es concebida como un bien de dominio público, en Chile no existen diferencias sustanciales entre la regulación de recursos naturales públicos o privados, lo que se explica por la ausencia de planificación en torno al acceso, uso y aprovechamiento de las aguas y el sistema de libre mercado garantizado en la Constitución.⁹⁷

Esto se debe a las características intrínsecas de la Constitución, en la que deliberadamente se buscó fortalecer la propiedad privada por sobre la pública y colectiva.⁹⁸ Lo señalado se manifiesta en la absoluta protección que existe para la libre utilización y ejercicio por parte del propietario de los DAA,⁹⁹ lo que a su vez condicionaría las escasas atribuciones de la DGA para garantizar que efectivamente todas las personas tengan acceso a este bien que, en teoría, pertenece a toda la nación.

Esta protección robusta al derecho de propiedad incluye la tutela de todos sus atributos esenciales y asegura que la única forma válida de que estos sean afectados, a causa o en base a la utilidad pública o el interés nacional, sea mediante un procedimiento expropiatorio que indemnice a la persona que ha visto afectado su derecho de propiedad, conforme al artículo 19 N° 24 de la Constitución. Esto ha limitado las posibilidades del Estado para garantizar el acceso al agua, en situaciones de emergencia,¹⁰⁰ y, en general, en las condiciones actuales de sequía, desertificación y cambio climático.

94 Constitución Política de la República, artículo 19 N° 24 inciso final: Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

95 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit. Refiriéndose al Artículo 19 N° 23, los autores señalan: “Esta norma contiene de modo expreso la regla fundamental de la categoría de los bienes públicos y también, de modo implícito, la asimilación a dicha categoría pública de los recursos naturales como bienes de alta significancia social”.

96 Conforme a los artículos 19 N° 23 de la Constitución Política y 5° del Código de Aguas.

97 Pilar Moraga, *La protección del medioambiente: reflexiones para una reforma constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica, Universidad de Chile, 2019, p. 143.

98 José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II: derechos, deberes y garantías*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, pp. 562, citado en Ezio Costa Cordella; Sergio Montenegro Arriagada, y Victoria Belemmi Baeza, *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, Santiago, Der Ediciones, 2019, p. 61.

99 Pablo Aranda Valenzuela, “Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio”, *Revista de Derecho Universidad de Chile*, 2013, p. 106.

100 Macarena Contreras y Judith Schönsteiner, op. cit., p. 119.

Existen una serie de discusiones sobre los alcances de estos preceptos constitucionales, las que se pueden observar claramente en los procesos de reforma constitucional y reforma al CA que revisaremos. Por un lado, están quienes afirman la posibilidad de limitar la propiedad sin que esté aparejado a procedimientos indemnizatorios, fundándose en la función social del agua, o, por el contrario, quienes alegan que, prácticamente, toda afectación a los DAA implicaría una vulneración de la garantía constitucional. Respecto a la primera postura, Ezio Costa señala que:

“Jurídicamente creo que los cambios que se han propuesto, por ejemplo, lo referido al caudal ecológico, quedan dentro de las limitaciones esperables dentro de un bien nacional de uso público...No creo que existan atentados contra el derecho de propiedad en cualquiera de esos usos que se discuten, al menos jurídicamente. Es un cambio regulatorio que rige *in actum*, y como concesionario de un bien nacional de uso público tienen que adaptarse a esa nueva regulación. Como le ocurriría a cualquier otro concesionario o cualquier ciudadano que vive en Chile. No creo que haya que indemnizar o que haya inconstitucionalidad (...)”¹⁰¹

Independiente de la posición que se tenga al respecto, lo cierto es que en base a estos parámetros constitucionales se han desarrollado las legislaciones sectoriales que regulan los recursos naturales y los elementos de la propiedad que recaen sobre ellos.¹⁰² Dichas legislaciones, generalmente, han tenido como limitación regulatoria los derechos que recaen en la propiedad y la libertad de realizar actividades económicas.

3.2 Derecho a la vida, integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y el derecho humano al agua

Las aguas, a su vez, se encuentran reguladas de forma implícita en la Constitución, debido a la consagración del derecho a la vida, la integridad física y psíquica y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.¹⁰³

La doctrina ha señalado que una perspectiva amplia del derecho a la vida consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, incluiría

101 Entrevista a Ezio Costa, Director Ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020.

102 Ezio Costa Cordella, Sergio Montenegro Arriagada, op. cit., p. 62.

103 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

el derecho humano al agua.¹⁰⁴ En este sentido, el agua sería un elemento indispensable, tanto para asegurar un nivel de vida adecuado como para garantizar la vida humana.¹⁰⁵ Sin embargo, solo la minoría de los miembros del Tribunal Constitucional han compartido dicha interpretación.¹⁰⁶

En materia ambiental existe una triple protección a nivel Constitucional, que se configura por el establecimiento de un derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación, la contemplación de deberes de protección que recaen en el Estado, y la cláusula de restricción de otros derechos en favor de la protección del patrimonio ambiental.¹⁰⁷ Este conjunto de normas ha sido denominado “Constitución Ambiental”.¹⁰⁸

En cuanto al derecho fundamental a “vivir” en un ambiente libre de contaminación, lo que se consagra no es el derecho a un ambiente incontaminado, ya que la protección del medioambiente siempre debe relacionarse con la persona, y no con el resguardo de la naturaleza en sí misma.¹⁰⁹ En este sentido, el medio ambiente y su protección se entiende como elemento fáctico necesario para la garantía de otros derechos como a la vida y a la salud.¹¹⁰ Esta visión antropocéntrica de la protección del medioambiente ha sido criticada¹¹¹ y hoy destacan nuevas formas de regular la naturaleza desde una perspectiva ecocéntrica que incluye la visión de la naturaleza como sujeto de derechos.¹¹² Dicho movimiento tuvo su origen en Latinoamérica con

104 *Ibíd.*, Ezio Costa Cordella “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N°1, pp. 335-354 [2016], p. 345. El autor identifica a Ochoa y Tapia.

105 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N°15, E/C.12/2002/11, noviembre 2002, pp. 2, párrafo 3°. Ver análisis desarrollado por Antonio Pulgar Martínez, “El agua en la Constitución chilena y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Perspectiva desde el derecho humano al agua”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2019.

106 Tribunal Constitucional, causa rol 2039-11, Resolución de 20 de septiembre de 2011. Análisis del fallo en Ezio, Costa Cordella, “Diagnóstico...”, *op. cit.*

107 Liliana Galdámez Zelada, “Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2017, pp. 113-144. Liliana Galdámez Zelada, *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

108 Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Segunda Edición, 2014, p. 113.

109 *Ibíd.*

110 Antonio Pulgar Martínez, “Marco institucional para la regulación de las aguas en Chile: aproximación desde el derecho humano al agua y al saneamiento”, en Ezio Costa (ed.), *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, DER Ediciones, 2019.

111 *Ibíd.*

112 Elizabeth Jane Macpherson, *Derechos constitucionales, derechos humanos, derechos indígenas: el lado humano de los derechos de la naturaleza*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2020.

el reconocimiento de la Pachamama como sujeto de derecho a nivel Constitucional en Ecuador¹¹³ y Bolivia.¹¹⁴ Sumado a reconocimientos jurisprudenciales en India y Colombia y a nivel legislativo en Nueva Zelanda. Se destaca en estos dos últimos casos, que declararon los ríos como sujetos de derechos, un intento por acomodar los diversos intereses legales y culturales en relación a estos cursos de agua, con el objeto de establecer formas colaborativas entre el Estado y las comunidades.¹¹⁵ Estas iniciativas dan cuenta de un alejamiento de la visión clásica que ve a la naturaleza al servicio del hombre, reconociéndole un valor en sí misma.

En segundo término, la Constitución Ambiental contempla la obligación de preservar la naturaleza, deber que recae en el Estado y que tiene que ser concretada a través de acciones de los tres poderes del Estado.¹¹⁶ De este deber constitucional surge, por ejemplo, el establecimiento de caudales ecológicos contemplados en el Código de Aguas (CA).

Finalmente, el tercer elemento contenido en la Constitución ambiental es la posibilidad que tiene el legislador de limitar otros derechos para proteger el medioambiente o asegurar su protección.¹¹⁷ En este sentido, es la misma Constitución la que reconoce o anticipa los posibles conflictos que pueden darse entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y otros derechos. En particular, se establece la posibilidad de limitar la propiedad en base a la función social de la misma, que incorpora la protección del patrimonio ambiental, y que se reconoce y consagra como la “función ambiental de la propiedad”.¹¹⁸

113 El Capítulo Séptimo reconoce los derechos de la naturaleza, especialmente, el artículo 71 que indica: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

114 Liliana Estupiñán Achury y otros, *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Ediciones Universidad Libre, 2019.

115 Elizabeth Macpherson y Felipe Clavijo, “The Pluralism of River Rights in Aotearoa New Zealand and Colombia”, *Journal of Water Law*, p. 283.

116 Jorge Bermúdez Soto, op.cit., p. 113.

117 Liliana Galdámez Zelada, op. cit., p. 122.

118 Rafael Valenzuela Fuenzalida, “El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1989.

Sin embargo, los derechos de carácter económico reconocidos por la Constitución –conocidos como el orden público económico–¹¹⁹ “ha(n) extendido sus dominios por sobre los deberes de protección de la naturaleza”.¹²⁰ Esto explica en parte que, a pesar de que la norma constitucional chilena contenga esta triple protección antes referida, en la práctica esta protección no se haya concretado, al ser una “cláusula dormida”.¹²¹ Lo mismo ocurre con el derecho humano al agua, el cual, a pesar de ser reconocido por la doctrina nacional como parte integrante de los derechos contemplados en la Constitución, se desvanece frente al agua reconocida como bien económico.¹²²

3.3 Reformas constitucionales

Existe una serie de proyectos de reforma constitucional para hacer frente a este problema, ya sea mediante el reconocimiento al derecho humano al agua o la eliminación de la garantía constitucional de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

Adicionalmente, existen proyectos de ley o leyes que persiguen modificar el CA, sin embargo, en reiteradas ocasiones la discusión suele centrarse en la constitucionalidad de las reformas, tanto para defender su validez como alegar su inconstitucionalidad.¹²³ Esto, porque una regulación que, prefiera el consumo humano en el uso de las aguas o releve el interés público en la materia, suele vincularse con la afectación de derechos adquiridos (19 N° 24 CPR), o la afectación del derecho en su esencia (art. 19 N° 26 CPR) que, en ambos casos, afectaría los derechos de aprovechamiento de agua. Así, los legisladores contrarios a estas reformas suelen realizar

119 Para José Luis Cea el orden público económico puede ser conceptualizado como el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”, José Luis Cea, “Notas Sobre Orden Público Económico”, *Gaceta Jurídica* N°135, 1991, p. 19. Sobre más discusiones respecto al orden público económico, ver Arturo Fermandois, “El Orden Público Económico Bajo la Constitución de 1980”, *Revista Ius Publicum* N° 4 200, pp. 63-78.

120 Liliana Galdámez Zelada, op. cit., p. 88.

121 Pilar Moraga (ed.), “La protección del Medio Ambiente: reflexiones para una reforma constitucional”, Liliana Galdámez Zelada, “*Los deberes de la protección Estatal, cláusula presente (aunque dormida) en la Constitución de 1980: una fórmula constitucional frente al cambio climático*”, Editorial Jurídica de Chile, 2019.

122 Ezio Costa Cordella, op. cit. El autor cita a Ochoa y Tapia.

123 Historia de la Ley 21.064, senadora Isabel Allende, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión 80, p. 20; senadora Adriana Muñoz, PPD, Diario de sesiones del Senado, sesión 39, pág. 33. El debate refleja un reconocimiento a la existencia de un límite constitucional en la regulación de la materia, que impide, por ejemplo, la preferencia para el consumo humano o la relevancia del interés público en la materia.

reservas de constitucionalidad para indicar que, aunque la materia sea aprobada en el Congreso, estará sujeta a la posterior revisión del Tribunal Constitucional.¹²⁴

Desde 2008 se contabilizan al menos nueve proyectos de reforma constitucional en la materia, que requieren de un quórum de las tres quintas partes para efectuar su modificación.¹²⁵ La mayoría de estos proyectos no ha superado el primer trámite constitucional.¹²⁶

El 2016 se presentó un proyecto de ley que consagra el derecho humano al agua y busca establecer como uso prioritario del agua su aprovechamiento y consumo humano, y que se fusionó con una serie de otros proyectos previamente presentados.¹²⁷ El texto aprobado por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, consagraba tres ideas principales.

La primera, es establecer las aguas como bien nacional de uso público y declarar de utilidad pública los derechos constituidos o reconocidos sobre las aguas. Además, se establece un sistema concesional que será regulado por ley, y que explicita que las concesiones serán temporales, sujetas a fines específicos y podrán estar condicionadas al pago de patentes o tasas. La segunda idea, es la priorización del uso de las aguas, entre las que se encuentran “el consumo humano, el doméstico y el saneamiento, resguardando los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico”. A su vez, se contempla el manejo sustentable, integrado y participativo en el uso de las cuencas. El tercer elemento, es agregar la protección de este derecho a través de la acción de protección.

124 Ver, por ejemplo, la presentación del senador Francisco Chahuán en la discusión en de la Sesión en Sala N°54, del 9 octubre de 2019, p. 92.

125 Constitución Política de la República, artículo 127.

126 El primero de ellos busca fortalecer la función social del agua mediante su consagración constitucional como bien nacional de uso público, manteniendo la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Un segundo proyecto presentado en 2009 busca establecer el aprovechamiento y consumo humano, como usos de carácter prioritario. Un tercer proyecto, del 2012, establece las aguas como bien nacional de uso público y señala que será la ley la que defina la forma en que se regularán los derechos de los particulares sobre las aguas, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. También reconoce el derecho humano al agua, en su sentido de consumo personal doméstico. Finalmente, un cuarto proyecto, presentado en 2013, se fundamenta en qué el uso del agua ha derivado en actividades de carácter privado y que no prioriza al agua como un bien nacional de uso público. En particular busca garantizar el acceso al agua por parte del Estado, pudiendo este limitar el agua utilizada para otras actividades económicas y favorecer el consumo humano. A su vez se elimina la protección constitucional sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Ninguno de estos proyectos fue discutido en sala.

127 Boletín N°10.497-07 (Refundido con: 6254-09 / 6141-09 / 6697-07 / 7108-07 / 8355-07 / 9321-12 / 10496-07 / 6124-09), 6 de enero de 2016. Daniela Rivera y Alejandro Vergara señalan que el principal objeto de este proyecto es reconocer, expresamente, el carácter de bien nacional de uso público de las aguas, a pesar de su reconocimiento implícito en los artículos 19 N° 23 y 24 de la Constitución Política.

Para Daniela Rivera y Alejandro Vergara la regulación de estos derechos concesionales sería contraria a los DAA, cuya tutela el proyecto fusionado no eliminó y, por lo tanto, según el texto vigente de la Constitución, los derechos sobre el uso de las aguas “gozan de intangibilidad y protección constitucional”.¹²⁸ En un sentido similar, Riquelme señala que la gran barrera para conseguir la protección del recurso hídrico y garantizar el bien común, está dada por los artículos 19 N° 23 y 24, y no por la falta de consagración expresa del agua como bien nacional de uso público.¹²⁹ Como ha sido señalado por una serie de autores, estos artículos garantizarían una determinada ideología de libre mercado, que impediría una regulación exhaustiva de las aguas, ya que toda regulación constituirá una afectación a la propiedad de estos derechos.¹³⁰

El proyecto fusionado fue discutido en sala del Senado el 9 de octubre de 2019, es decir, antes del *estallido social*. En la discusión se pueden distinguir dos posiciones principales.¹³¹ Si bien ambas comparten la priorización del agua para consumo humano, la primera reconoce en las modificaciones legales una afectación a los derechos de propiedad adquiridos, por lo que, alegan la inconstitucionalidad de ciertas normas.¹³² La segunda, identifica el derecho de propiedad sobre los DAA, como el principal impedimento para que el agua efectivamente constituya un bien nacional de uso público y se pueda priorizar el consumo humano.

Una segunda sesión se desarrolló luego del 18 de octubre y las posiciones se polarizaron aún más. El Senador Francisco Chahuán señaló que no se pueden modificar aquellos derechos que se encuentran constituidos, por ejemplo, limitando su temporalidad o circunscribiéndolos a fines específicos, ya que se estaría regulando retroactivamente.¹³³ El Senador José Durana agregó que la reforma vulnera el derecho de propiedad al ser expropiatoria y genera incerteza jurídica.¹³⁴ Por su parte, las senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz, y el senador Alfonso de Urresti, fueron enfáticos en señalar que la actual Constitución y el derecho de propiedad sobre los DAA, impiden al Estado tutelar el agua en situaciones de escasez hídrica y realizar cambios sustantivos al CA.¹³⁵

Una tercera sesión se realizó en enero de 2020, en la cual el senador Iván Moreira, partícipe de la primera postura, señaló que no tenía sentido discutir este proyecto de reforma constitucional, el que

128 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

129 Ezio Costa Cordella, op. cit. El autor cita a Riquelme, p. 303.

130 *Ibid.*

131 Senado, sesión en sala N°54, 9 octubre de 2019.

132 *Ibid.*

133 Senador Francisco Chahuán, RN, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 27.

134 Senador José Durana, UDI, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, pp. 68-69.

135 Senadora Isabel Allende, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, pp. 36-37, senadora Adriana Muñoz, PPD, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 47, senador Alfonso De Urresti, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 51.

se resolvería en el marco del debate de una nueva Constitución.¹³⁶ Finalmente, se rechazó el proyecto de reforma constitucional, por no haber alcanzado el quorum constitucional requerido (24 votos a favor y 12 votos en contra), señalándose que quedará como tarea para la Asamblea Constituyente.¹³⁷ De acuerdo con lo anterior, no se espera que otros proyectos que buscan realizar una reforma constitucional en este sentido, sean discutidos en el Congreso.¹³⁸ Por lo tanto, la discusión de esta materia queda supeditada a la discusión de una nueva Constitución.

4. REGULACIÓN DE LAS AGUAS EN EL CÓDIGO DE AGUAS

Como ya indicamos anteriormente, el agua es un bien nacional de uso público y su uso y goce se regula a través de los DAA conforme lo establece el CA, derechos que a su vez poseen una especial protección constitucional en el artículo 19 N° 24 de la CPR. Aunque la naturaleza jurídica del agua como bien nacional de uso público debería ser determinante en su regulación y propiciar el reconocimiento de su polifuncionalidad,¹³⁹ esto no se encuentra plasmado en el CA.

Alejándose de la noción de bien nacional de uso público, el CA se centró en regular los mecanismos en virtud de los cuales se administra y distribuye el agua, principalmente para fines productivos, en particular el uso agrícola,¹⁴⁰ asegurando fuertemente la propiedad sobre los DAA, y garantizando la disponibilidad de esta para el desarrollo de las distintas actividades o proyectos.¹⁴¹ Indicativo del fomento del uso de las aguas por parte del sector productivo, es el hecho de que la DGA se encuentra radicada en el Ministerio de Obras Públicas, un órgano destinado principalmente a la provisión y gestión de servicios de infraestructura. En este sentido, como regla general, mientras las aguas estén disponibles y no se afecten derechos de terceros, la autori-

136 Senador Iván Moreira, UDI, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 91, pp. 90-92.

137 Diario de sesiones del Senado, sesión N° 91, p. 135.

138 Ejemplos de ellos son el Boletín 11699-07/ 19 de abril de 2018, Boletín 12920-07/ 03 de septiembre de 2019, Boletín 12970-07/08 de octubre de 2019, Boletín 12961-07/ 02 de octubre de 2019.

139 Para mayores detalles sobre la publicación del recurso y la regulación de los derechos de aprovechamiento, ver Tatiana Celume, op. cit., p. 105.

140 Carl Bauer, op. cit., pp. 100-105.

141 Refiriéndose a la discusión sobre la referencia constitucional a los derechos de los particulares sobre las aguas en el artículo 19 N° 24, Tatiana Celume revisa los antecedentes de la Constitución de 1980, indicando que "(...) el hilo conductor de toda la discusión se redujo a la necesidad de fortalecer, por medio de la propiedad, la titularidad que la ley otorgara a los particulares para utilizar las aguas." Tatiana Celume, op. cit., p. 105. Asimismo, Tatiana Celume revisa las sesiones de la Comisión Ortúzar y la discusión en relación con la necesidad de afianzar el régimen constitucional de la propiedad, pp. 108 y ss.

dad tendrá la obligación de otorgar estos derechos a quien los solicite.

En relación con las facultades en materia de manejo y administración de recursos hídricos en Chile, según algunos autores se podría efectuar una distinción entre las diferentes funciones que son asignadas a la DGA y a la organización de Usuarios (OUS),¹⁴² especialmente las Juntas de Vigilancia.¹⁴³ Por un lado, las funciones de asignación, autorización e información relativas a las aguas, a cargo de la DGA; y por el otro, funciones de administración o gestión privada de los recursos hídricos, “las que se encuentran descentralizadas a nivel de cuencas y que recaerían en las juntas de vigilancia”.¹⁴⁴ En este sentido, el rol de la DGA es bastante limitado.¹⁴⁵

Refiriéndose al escenario actual, el director de la DGA indica que el CA no se hace cargo, realmente, de una situación de sequía estructural como la que estamos viviendo ahora. Entre las herramientas que existen hoy en el CA, destaca el concepto alcúota, el rol de las juntas de vigilancia y, en casos extremos, el decreto de escasez. Finalmente, indica que en la reforma al CA se está discutiendo incorporar algunas herramientas para hacer frente a este nuevo escenario, relevando la importancia de los planes de gestión estratégicos de cuencas.¹⁴⁶

En el *Informe 2013*, respecto de las facultades de la autoridad, se identificaron, por un lado, la inexistencia de instrumentos para establecer la priorización de usos y la gestión integrada de cuencas, y por otro, la falta o deficiente implementación de las herramientas ya existentes (declaraciones de escasez, áreas de restricción y áreas de prohibición),

142 Las organizaciones de usuarios se regulan en el Título III del Código de Aguas. Se estima que en Chile hay 48 juntas de vigilancia, 208 asociaciones de canalistas, 3.260 comunidades de aguas y solo 15 comunidades de aguas subterráneas (Oficio N° 369-366, que formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el CA [Boletín 7.543-12], del 10 de enero de 2019, p. 18).

143 Conforme lo señala Cristián Rojas“(...) una vez que los derechos de aprovechamiento han sido asignados, son los particulares quienes adquieren un rol fundamental en la gestión del recurso, destacándose la tarea que realizan las Juntas de vigilancia, encargadas por ley de la administración y distribución de las aguas que escurren por los cauces naturales. Junto con ellas, pero en un nivel diferente, cabe sumar a las Asociaciones de Canalistas y Comunidades de Agua -aunque deberían llamarse comunidades de canales-, que desarrollan sus tareas en un ámbito y respecto de un bien completamente distinto al de las juntas de vigilancia, sobre lo que se hablará más adelante.” Cristián Rojas Calderón, “Autogestión y Auto regulación regulada de las aguas. OUA y juntas de vigilancia de ríos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N 1, 2014, p. 127.

144 Cristián Rojas Calderón, op. cit., p. 128.

145 Alejandro Vergara señala que la DGA“(...) no puede introducirse en la distribución de las aguas (que se realiza autónoma y descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de agua (que se solucionan, antes que nada por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia), ni puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios”. Alejandro Vergara Blanco, *Crisis Institucional del Agua, Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*, Santiago, Ediciones UC, 2015, p. 68.

146 Entrevista a Oscar Cristi, director de la DGA, 11 de septiembre de 2020.

esto sumado a la incapacidad técnica y humana para fiscalizar.¹⁴⁷

En este capítulo destacamos las declaraciones de agotamiento,¹⁴⁸ que son una manifestación de la crítica situación que se vive en algunas regiones del país y la facultad de denegación parcial de derechos de aprovechamiento de aguas en función de una reserva de caudal, como una potestad relevante de la autoridad. Esta última constituye una facultad del Presidente de la República,¹⁴⁹ el que puede denegar parcialmente las solicitudes de DAA en base a dos situaciones. Primero, puede reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua. Segundo, puede denegar parcialmente solicitudes de derechos no consuntivos por circunstancias excepcionales y de interés nacional.¹⁵⁰ La primera situación descrita ha sido de restringida aplicación y con falta de planificación, ya que, conforme lo establece la ley, se utiliza en un contexto de otorgamiento de derechos y la DGA solo puede denegar derechos solicitados, pero no puede de forma preventiva o independiente a una solicitud, reservar cierto caudal para garantizar el consumo humano del agua.¹⁵¹ Esto ha significado en la práctica que, en aquellas zonas más críticas, con sus caudales ya otorgados, la DGA no pueda intervenir. En cuanto a la segunda situación descrita, esta herramienta ha sido útil para la protección de los ecosistemas cuando se logran alinear con los objetivos de desarrollo regional en el caso de los derechos no consuntivos.¹⁵² Sin embargo, tampoco permite de forma independiente a la DGA reservar caudales en aquellos ríos que posean un valor específico.

A su vez, si bien la DGA puede reducir temporalmente la extracción de aguas subterráneas, a prorrata de ellos, cuando la explotación de las aguas subterráneas afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos,¹⁵³ esta atribución ha tenido

147 Se reconoce en el *Informe 2013* que el diagnóstico que se hizo en esa oportunidad en relación a Petorca, no necesariamente se aplica a todas las cuencas.

148 Art. 282 del Código de Aguas. En la página web de la DGA se informan 15 declaraciones de agotamiento, la última el 12 de abril de 2017, y que incluyen cuencas de la región de Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Metropolitana, Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, Ñuble, y Biobío, lo que demuestra la extensión del problema.

149 En virtud del decreto N°87, del 23 de agosto de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se delegó la facultad contenida en el artículo 147 bis inciso tercero del Código de Agua en el Ministro de Obras Públicas.

150 *Atlas del Agua: Chile 2016*, Dirección General de Aguas, p. 92.

151 Esto es sin perjuicio de las solicitudes ficticias que se puedan generar para activar esta facultad.

152 Por ejemplo, en 2015, la DGA denegó los derechos de aprovechamiento no consuntivos, solicitados para el megaproyecto HidroAysén en los ríos Pascua y Baker, teniendo presente las circunstancias excepcionales y de interés nacional que se presentan en la zona y la vocación productiva y de desarrollo que se ha dado la propia región. El director de la DGA, de ese entonces, destacó que esta vocación se recoge en los instrumentos de planificación territorial en los cuales el desarrollo productivo aparece vinculado al turismo de intereses especiales, al cuidado de ciertos paisajes y del recurso hídrico. La Corte de Apelaciones ratificó la decisión del MOP.

153 Artículo 62 CA.

nula aplicación práctica. Eso se debe a que, hasta 2018, solo podía ser aplicada a petición de parte,¹⁵⁴ y desde la reforma no ha sido utilizada de oficio. El director de la DGA indica que se está evaluando cómo podría aplicarse dicha herramienta y la justificación técnica necesaria para evitar la judicialización de la aplicación de dicha medida.¹⁵⁵ El respaldo técnico suficiente apuntaría a demostrar que el acuífero está sobreexplotado, probando que si se establece una rebaja proporcional se espera la recuperación en un cierto periodo de tiempo y que es una medida temporal. Asimismo, destaca que es fundamental mejorar la fiscalización, ya que si se rebaja a los titulares de los DAA y se mantienen las extracciones ilegales ciertamente la situación no mejorará.¹⁵⁶

Finalmente, el CA establece la facultad expropiatoria¹⁵⁷ cuando sea necesario para satisfacer menesteres domésticos de la población por no existir otros medios para obtener el agua. Con la limitación de dejar agua al expropiado para los mismos fines.¹⁵⁸

En julio de 2019, el subsecretario de Obras Públicas confirmó la primera compra de derechos de aprovechamiento de aguas en el marco del Plan de Aguas de Petorca, indicando que el objetivo es traspasar esos derechos a las APR.¹⁵⁹ El director de la DGA explica que la aplicación de la norma implicaba, primero, tomar la decisión de adquirir los derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos y, segundo, agotar cualquier otro medio posible para adquirirlo.¹⁶⁰ Para la autoridad, la interpretación de la norma implicó necesariamente agotar todos los medios disponibles, que en este caso incluyó el salir al mercado a comprar DAA.

Destaca el director que, en términos económicos, no existe ninguna diferencia entre salir a comprar por valor de mercado o pagar ese mismo monto por expropiación. Además, señala que existe una cuestión práctica que es relevante en el sentido de que si se quiere expropiar, por ejemplo, 10 litros por segundo, se podría alegar que se debe expropiar a cada titular hasta llegar al total de 10 litros por segundo lo que sería bastante complejo.

154 Posteriormente, se introdujeron modificaciones en materia de fiscalización y sanciones (Ley 21.064), y entre ellas se estableció que la DGA podría requerirla de oficio, pero aún no ha sido utilizada.

155 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

156 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

157 Las normas generales de la expropiación, reguladas en la CPR, indican que el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, lo que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho (Artículo 19 N° 24 inciso 3 CPR).

158 Artículo 27 CA.

159 MOP.cl: "Ministerio de Obras Públicas compra los primeros Derechos de Aprovechamiento de Aguas para los sistemas de APR de la Provincia de Petorca", 10 de julio de 2019.

160 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

En cambio, al comprar se puede adquirir a un solo titular el total que se necesite. Finalmente, indica que sin este artículo el Estado difícilmente podría haber salido a comprar DAA al mercado para poder satisfacer el consumo humano de la población. Indica que de esta manera se aplicó el artículo, pero no terminó en una expropiación propiamente tal.¹⁶¹

En contraposición, Rodrigo Mundaca critica la adquisición de agua por parte del Estado mediante compraventa, teniendo que pagar a aquellos que poseen el agua y que la recibieron de forma gratuita y a perpetuidad. Señala que el Estado teniendo facultades expropiatorias para priorizar el consumo humano, no las ejerce, prefiriendo nuevamente fomentar el negocio del agua.¹⁶²

La aplicación de esta norma es un tema políticamente complejo. Bauer destaca lo presente que estuvieron, durante el debate de la dictación del CA, los fantasmas de la reforma agraria.¹⁶³ Si bien dicha reforma es, hoy en día, un conflicto históricamente lejano, las discusiones sobre la propiedad y el rol que esta cumple siguen teniendo un carácter bastante ideologizado, lo que hace difícil la aplicación de una norma de este tipo.¹⁶⁴ En este sentido, pareciera ser que la compra de derechos de agua sería una salida frente a la dificultad de expropiar, ya que se negocia el precio y el Estado cumple con la función de proveer agua en casos de necesidad.¹⁶⁵

En materia de protección ambiental, el caudal ecológico ha sido una de las grandes discusiones en las reformas al CA. El debate se centra en definir a quiénes se les aplica esta obligación: si es a todos los titulares de los DAA o solo a aquellos que obtengan dichos derechos después de la reforma. En la historia de la reforma del CA del 2005, se pueden observar los principales argumentos en torno a la discusión de si se aplica el caudal ecológico a todos los derechos de aguas o únicamente a los nuevos que se constituyan.¹⁶⁶ Entre los fundamentos de quienes estiman que la norma no podría aplicarse a los derechos de aguas otorgados previos a la reforma, está la protección constitucional que garantiza que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, por lo que cualquier restricción a sus derechos implicaría una vulneración a la Constitución o derivaría en la obligación de expropiar e indemnizar a los titulares de los derechos de aprovechamiento. Por otro lado, se

161 Ibid.

162 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

163 Carl Bauer, op. cit., p. 99.

164 Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020.

165 Ibid.

166 Historia de la Ley 20.017.

encuentran quienes argumentan que esta constituye una de las limitaciones a la propiedad fundada es su función social.

En relación con las patentes por no uso,¹⁶⁷ estas generaron diferentes efectos en la práctica, que incluyen la renuncia de derechos de aprovechamiento; la alta morosidad en el pago por no uso de derechos;¹⁶⁸ evitar la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces,¹⁶⁹ y el encarecimiento de tener derechos de aguas para fines de conservación. Para efectos ambientales, al no estar considerada como una de las excepciones de pago, ha significado que quien desee “utilizar” el agua para fines de conservación debe también pagar una patente por no uso. Asimismo, las comunidades indígenas no se encuentran dentro de las excepciones legales, lo cual dificulta el acceso al agua para sus usos ancestrales. La disputa por ampliar el contenido de estas excepciones ha sido llevada ante los Tribunales de Justicia en más de una oportunidad.¹⁷⁰ La Corte Suprema ha reconocido la ampliación de las excepciones legales bajo ciertas circunstancias, lo que ha permitido que las comunidades indígenas puedan adquirir derechos de aguas y retenerlos en cauce sin la necesidad de usarlos, y no pagar patentes por no uso. Sin embargo, es una situación que deberá ser determinada caso a caso y no se encuentra contemplada expresamente.

En este sentido, es evidente que existen pocas herramientas en el CA para garantizar la protección de los ecosistemas, lo que a su vez deriva en una menor protección para la población y su posibilidad de acceder a agua para consumo humano o fines recreacionales o culturales. En este sentido, Bauer señala que “estructuralmente el modelo chileno no es capaz de hacer más de aquello que fue su objetivo inicial el cual fue fortalecer los derechos privados y prometer un mercado, pero adaptarse a la resolución de conflictos, la gestión integrada de cuencas, y ese tipo de temas, creo que es estructuralmente imposible en este modelo”.¹⁷¹

Finalmente, es necesario destacar que, en la consulta digital llevada a cabo por la Mesa Nacional del Agua, ante la pregunta ¿cuáles considera usted que deben ser los usos prioritarios del agua?, un 98,9% de los encuestados indicó consumo humano (primer lugar), y un 76,4%

167 Esta es la obligación que surge para el titular de pagar un determinado monto, cuando no se estén utilizando los derechos de aprovechamientos que han sido solicitados. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente esto queda determinado por la no construcción de las obras señaladas en el artículo 129 bis 9.

168 La Tercera: “Morosidad de patentes por no uso de derechos de agua escala al 66% en 2018”, 25 de marzo de 2019.

169 Para evitar así el pago de patentes por no uso, debilitando aún más el sistema registral de derechos de aprovechamiento.

170 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, *Comentario de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011-2014. Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos*.

171 Entrevista a Carl Bauer, doctor y profesor de la Escuela de Geografía y Desarrollo de la Universidad de Arizona, 8 de agosto de 2020.

indicó medio ambiente (tercer lugar).¹⁷² Asimismo, se destacó como el principal desafío relacionado con el agua la conservación de las fuentes naturales.¹⁷³ Finalmente, frente a la pregunta ¿cuáles considera que son los principales desafíos que debe asumir el Estado para avanzar en temas relacionados con el agua?, en primer lugar, con un 75,2%, se estableció asegurar el acceso para el consumo de agua potable y en un segundo lugar, con un 54,5%, proteger el medio ambiente.¹⁷⁴

Los temas revisados previamente en esta sección son algunos de los que busca reformar el proyecto de ley que está en tramitación en el Congreso, con el fin de avanzar hacia una mejor protección de la población, garantizando el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas. A continuación, una breve referencia al estado de dichas reformas.

5. REFORMAS LEGALES

A la fecha, existe un gran número de proyectos de ley que buscan reformar el CA, muchos de los cuales no han superado el primer trámite Constitucional.¹⁷⁵ En esta revisión nos enfocaremos en el proyecto de ley Boletín N° 7.543-12, en segundo trámite constitucional en el Senado, ya que es la reforma al CA que se encuentra más avanzada en su tramitación. En particular, mencionaremos algunas normas que han generado debate por su supuesta inconstitucionalidad, es decir, aquellas que no podrían ser aprobadas por el Congreso al estar reñidas con el contenido de la actual Constitución. Estas normas en

172 Se permitió marcar 3 alternativas a cada encuestado; los porcentajes fueron los siguientes: consumo humano 98,9%, agricultura y ganadería 82,1%, medio ambiente 76,1%, generación eléctrica 17,1%, turismo 10,3%; pesca y acuicultura 7,2%, industria 5,5%, y minería 2,5%.

173 Con la opción de marcar 3 alternativas a la pregunta se respondió: conservación de fuentes naturales de agua 75,4%, mejorar las leyes relacionadas con el agua 58,3%, propiedad de las aguas 46%, entregar soluciones a la falta de agua 35,7%, eficiencia hídrica y educación sobre el uso correcto de las aguas 35,2%, asegurar la calidad de las aguas 27,2%, modernizar las instituciones relacionadas con el agua 8,8%, resguardar el precio del agua 7,5%, y otro 5,8%.

174 *Participación Ciudadana Primer Informe Consulta Digital*, disponible en: https://www.mop.cl/Documents/Resultados_Consulta_Digital_Mesa_del_Agua.pdf

175 Boletín 6387-09, que modifica el Código de Aguas para la protección de aguas y ecosistemas en áreas protegidas; Boletín 6763-01, que reforma el Código de Aguas, el Código de Minería y otros cuerpos legales, con el objeto de garantizar la conservación del medio ambiente y los recursos naturales; Boletín 11910-33, que modifica el Código de Aguas en materia de singularización de los derechos de aprovechamiento en los actos o contratos, y del traslado de su ejercicio; Boletín 1332-33, que modifica el Código de Aguas para ampliar el plazo de vigencia y posibilitar la prórroga de los decretos que declaren zonas de escasez hídrica; Boletín 12512-11, que promueve el acceso al agua potable; Boletín 11597-12, que busca impedir la constitución de derechos de aprovechamientos de aguas sobre glaciares; Boletín 9393-09, que busca resguardar el agua para el consumo humano; Boletín 10854-33, que modifica las exigencias para las obras de aprovechamiento de aguas subterráneas y el monto de las multas aplicables; Boletín 9538, para regulación la concesión temporal de derechos de aprovechamiento de aguas.

discusión se vinculan, directa o indirectamente, con la realización del derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas.

El proyecto de ley original, ingresado en 2011, reconocía una serie de funciones de las aguas, entre las que se encuentran las de carácter ambiental, de subsistencia, étnicas, productivas, escénicas, paisajísticas, sociales y de ordenamiento territorial, estableciendo que es deber del Estado garantizar a todos los habitantes el acceso a esas funciones, posibilitando a la DGA establecer reservas sobre las fuentes naturales.

Hasta la fecha, el proyecto ha sido conocido por las Comisiones de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente; la Comisión de Recurso Hídrico, Desertificación y Sequía; la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural; la Comisión de Hacienda y la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.¹⁷⁶ Asimismo, ha sido objeto de una serie de indicaciones, entre las que destacan las realizadas por la presidenta Michelle Bachelet en 2014, y por el presidente Sebastián Piñera en 2019.

Actualmente, el proyecto se encuentra siendo discutido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la cual se ha enfocado en la revisión de varios artículos,¹⁷⁷ producto de los reparos de la constitucionalidad alzados por el gobierno, y los que fueron sistematizados a petición del secretario de la Comisión, por los senadores Andrés Allamand y Víctor Pérez.¹⁷⁸ Entre las materias a discutir destaca la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas, el establecimiento de limitaciones a los DAA, la extensión del caudal ecológico a todos los derechos, incluyendo los nuevos y los ya constituidos, y el establecer formas de extinción de los DAA.

Todas aquellas son reformas que, directa o indirectamente, buscan fortalecer las herramientas para garantizar el derecho humano al agua y avanzar hacia una mejor protección de los ecosistemas. Al igual que en las reformas constitucionales, si bien hay un mayoritario consenso en la necesidad de establecer el consumo humano al agua como prioritario y la necesidad de proteger el componente agua, las diferencias se producen en cómo se logrará avanzar hacia esos objetivos y qué significarán para los actuales titulares de los DAA las posibles modificaciones que se adopten en esa línea. En ese sentido, como se puede observar en la discusión, para algunos parlamentarios estas reformas serían inconsistentes con la protección constitucional otorgada a los derechos de aprovechamiento, contenida en el artículo 19 N° 24.

176 Boletín 7543-12, Reforma el Código de Aguas.

177 Los artículos que serán revisado por la Comisión son el 6, 17, 20, 129, 134, 147, 314, y 1 y 2 transitorios.

178 Opinión constitucional de los senadores Andrés Allamand y Víctor Pérez sobre modificación Código de Aguas, Boletín 7543-12, del 13 de julio de 2020, disponible en: <https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?>

Hasta la fecha de redacción de este capítulo, la discusión de constitucionalidad solo se extendió a la revisión de los artículos 6° y 20, que regulan y definen los DAA y su forma de adquisición. Al respecto, se argumentó que la reforma “propone un nuevo régimen para los DAA que reemplaza el dominio pleno sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas (de uso indefinido, no sujeto a plazo ni condición, transferible y transmisible, y no afecto a un fin específico), por un derecho temporal que nace de una concesión, en la cual su titular ya no tiene todos los atributos propios del dominio.”¹⁷⁹ Sobre este punto, se presentaron ante la comisión varias personas de la academia, con diferentes posturas respecto a la constitucionalidad de las normas. Mientras Enrique Navarro y Arturo Fermandois concuerdan en que la norma sería contraria al artículo 19 N° 24 al sustituir el régimen de propiedad por uno concesional, José Antonio Ramírez, Tatiana Celume y Emilio Pfeffer argumentan que las modificaciones son constitucionales debido al interés público comprometido, ya que los DAA se ejercen sobre bienes nacionales de uso público ante los cuales el legislador tiene mayor discreción regulatoria.

Sin querer entrar en una revisión detallada de cada una de estas reformas, esta sección pretende ilustrar que parte importante de las modificaciones que se buscan efectuar al CA tienen como obstáculo, real o aparente, la Constitución de 1980.

6. EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA PRÁCTICA

En esta sección se revisarán tres casos o situaciones que se vinculan a los aspectos esenciales del derecho humano al agua, que dicen relación con su disponibilidad, calidad y accesibilidad. Si bien no es posible vincularlos específicamente con las causas más manifiestas del *estallido social*, pueden ser asociados a conflictos puntuales vinculados al agua, que sí estuvieron presentes en las demandas de las manifestaciones. Primero, se revisará la situación de la actualización del caso de Petorca que ya fue revisado en el *Informe 2013*; luego el caso de contaminación del agua potable por petróleo en Osorno en julio de 2019 y, finalmente, la accesibilidad al agua especialmente vinculada a los precios, con una breve referencia a lo que se ha experimentado en Chile producto del Covid-19 y el acceso al agua en este contexto.

6.1 Sequía y ausencia de servicios sanitarios: la crisis de Petorca

Tanto Tatiana Celume como Pamela Poo destacan que existe una gran diferencia a nivel urbano y rural respecto del cumplimiento al derecho

179 *Ibid.*

humano al agua.¹⁸⁰ Conforme al Censo 2017, 383.204 viviendas en Chile carecen de acceso a agua potable. En el mundo rural, el 47,2% de la población se abastece de pozos, ríos, vertientes, esteros o camiones aljibes,¹⁸¹ y un 85% del abastecimiento informal depende de pozos o ríos que se ven directamente afectados por la sequía.¹⁸²

Por su parte, aquellas viviendas que no cuentan con abastecimiento de red de agua potable y tampoco con aguas superficiales o subterráneas, dependen para su consumo del traslado a través de camiones aljibes. En comunas como Caldera y Tierra Amarilla, ubicadas en la región de Atacama; y, en Andacollo, de la región de Coquimbo, el abastecimiento por camiones aljibes representa más de la mitad del abastecimiento informal.¹⁸³ Por su parte, Petorca ha sido una de las comunas emblemáticas para visualizar el conflicto del agua potable rural y la distribución por medio de camiones aljibes, producto del inadecuado manejo y administración del agua y los impactos del cambio climático en la zona.

El informe desarrollado por el INDH denominado “Actualización Informe Misión de Observación Provincia de Petorca”, de diciembre de 2018, confirma que perduran las situaciones informadas en nuestro *Informe 2013*. Así, el texto del INDH pone en evidencia la sobreexplotación de las cuencas y la usurpación de aguas –la que es descrita por una serie de actores, entre los que se encuentran autoridades municipales, dirigentes de los comités de agua potable rural y representantes de MODATIMA– que afecta el consumo humano y las posibilidades de riego de pequeños agricultores de las cuencas de los ríos La Ligua y Petorca.¹⁸⁴ A su vez, se mantiene el abastecimiento de agua a la población a través de camiones aljibes y se cuestiona tanto la cantidad de agua proporcionada como la calidad de esta, lo que afectaría la salud, la economía de pequeños agricultores y el acceso a alimentos adecuados.¹⁸⁵

Si bien el gobierno provincial de Petorca ha desarrollado acciones para poner fin a la distribución de agua mediante camiones aljibes,¹⁸⁶ aún hay personas y familias, especialmente de la población rural, que deben abastecerse a través de este sistema, como se indica en los Planes de Desarrollo

180 Entrevista a Pamela Poo, encargada de políticas y regulación en Chile Sustentable, 31 de julio de 2020. Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020.

181 Fundación Amulén, *Pobres de Agua: Radiografía del agua rural en Chile: Visualización de un Problema Oculto*, Centro UC Cambio Global, 2020, p. 12.

182 Fundación Amulén, *Sequía: La Brecha más Profunda*, 2019, p. 6.

183 *Ibíd.*, p. 38.

184 INDH, *Actualización informe misión de observación provincia de Petorca*, 2018.

185 *Ibíd.*

186 Cuenta Pública Participativa Petorca, 2018, disponible en: <http://www.gobernacionpetorca.gov.cl/media/2019/05/G.-PETORCA.pdf>

Comunal de Petorca¹⁸⁷ y La Ligua.¹⁸⁸ Para tener presente, en las comunas de Petorca, La Ligua y Cabildo, los municipios usualmente reparten un promedio de 50 litros por persona a los comités de APR a través de camiones aljibes,¹⁸⁹ lo que corresponde a un acceso intermedio, conforme a los criterios de la ONU. Esto, en contraste con los 140 litros diarios que aproximadamente necesita un palto.¹⁹⁰

El 8 de abril de 2020, en el contexto de la crisis sanitaria mundial, el Servicio Regional Ministerial (SEREMI) de Salud de la región de Valparaíso dictó la Resolución N° 1456, donde se establecía que la entrega para consumo humano, a través de camiones aljibes, no podría ser inferior a 100 litros por persona diarios. Sin embargo, 8 días después se dictó una nueva resolución que dejó sin efecto el aumento de litros,¹⁹¹ debido a que según los estándares de la OMS la cantidad de litros que se entregan actualmente (50 litros) aseguraría el consumo humano, personal y de alimentos.

Esto generó una gran molestia en la población, desarrollándose una serie de acciones políticas y legales para revertir la medida.¹⁹² El 29 de abril de 2020, la Defensoría de la Niñez interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso por la medida. El recurso señaló que:

“hace más de 1 año que se les raciona el agua, reduciéndose la posibilidad de consumo a cierta cantidad de horas, no más de tres durante el día, tiempo en que ésta ni siquiera cuenta con suficiente presión, lo que impide el adecuado funcionamiento de las redes domiciliarias y, por lo tanto, les impide el efectivo acceso al recurso hídrico (...) además de las afectaciones evidentes que les provoca, les genera continuas infecciones urinarias y estomacales y que, muchas veces, por este problema de abastecimiento deben alejarse de sus familias y salir de sus localidades a fin de poder tener acceso a adecuados servicios de higiene y alimentación, porque al carecer del acceso a agua en sus comunidades no tienen condiciones que les permitan desarrollar actividades propias de su desarrollo vital. Indican que sus familias no pueden cocinar adecuadamente para alimentarles, (...) además refieren que no pueden desarrollar sus actividades de aseo con normalidad”.¹⁹³

187 Ilustre Municipalidad de Petorca, “Plan de desarrollo comunal (PLADECO) comuna de Petorca”, diciembre 2018, pp. 61, 71, 264.

188 Ilustre Municipalidad de La Ligua, “Actualización Plan de Desarrollo Comunal La Ligua 2019-2022”, pp. 44, 45, 137, 150.

189 Subsecretaría del Interior, Oficio Ordinario N°18.087, del 18 de agosto de 2016.

190 Pilar Gil, Gabriel Sellés, Raúl Ferreyra, *Manual de riego para paltos y cítricos*, INIA, Centro Regional de Investigación La Cruz, 2009, p. 8.

191 Resolución N°458, 16 de abril de 2020, de la SEREMI de Salud de la Región de Valparaíso, que deja sin efecto la Resolución N° 456.

192 MODATIMA.cl: Declaración pública: “Hasta cuándo se juega con la vida de las personas”, 21 de abril de 2020.

193 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recurso de Protección, Causa Rol N°13983 – 2020.

La acción de protección fue acogida por la Corte de Apelaciones, la que dejó que sin efecto la resolución que reducía nuevamente la cuota a 50 litros por persona, sin embargo, no se ordenó la entrega de 100 litros por persona diariamente.¹⁹⁴ La sentencia no fue apelada por el Ministerio de Salud.¹⁹⁵

En un conflicto similar el INDH presentó un recurso de protección en contra de la Municipalidad de La Serena y el SEREMI de Salud, por excluir de la distribución del agua a los habitantes del Campamento La Varilla 4 que estarían en tomas ilegales y no implementar medidas para prevenir el Covid-19 en esa comunidad.¹⁹⁶ Esta acción de protección provocó que el municipio tomara medidas sanitarias e incluyera a estas familias en el abastecimiento de agua, lo que provocó el rechazo de la acción de protección por la Corte de Apelaciones.¹⁹⁷

Rodrigo Mundaca refiriéndose al conflicto, indica que “evidentemente el camión aljibe significa en la práctica profundizar el conflicto estructural porque es un negocio, es un negocio tremendo, pero dada la magnitud de la pandemia y la necesidad de tener mayor volumen de agua objetivamente reivindicábamos la necesidad de pasar de 50 a 100 litros”.¹⁹⁸

Por otro lado, respecto de la utilización por parte de la Administración de los instrumentos legales contemplados en el CA, se han mantenido los conflictos respecto a la declaración de zonas de escasez, de áreas de restricción y de los derechos provisionales. Desde 2013 a la fecha, se han dictado diversos decretos de escasez, de forma ininterrumpida. El último –al cierre de la elaboración de este capítulo– fue dictado el 5 de agosto de 2020 con vigencia hasta el 5 de febrero de 2021.¹⁹⁹

En relación con los conflictos en torno a los derechos provisionales, el 13 de junio de 2014 a través de la Resolución DGA (Exenta) N°1703, se dejaron sin efecto los DAA provisionales en los acuíferos río La Ligua

194 *Ibid.*

195 *Ibid.*

196 INDH.cl: “INDH presenta recurso de protección para garantizar medidas sanitarias y acceso a agua potable para familias del Campamento de Las Compañías en La Serena”, 25 de mayo de 2020.

197 Diario El Día: “Conflicto legal por falta de agua en campamento de Las Compañías llega a su fin”, 4 de septiembre de 2020.

198 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

199 DS N°11 del 04 de febrero de 2020. Específicamente, desde 2018 en adelante, se han dictado los siguientes decretos de escasez: N° 4 del 5 de enero de 2018, con fecha de caducidad 5 de julio de 2018 (Provincias de Quillota, Marga-Marga y Petorca y las comunas de Llay Llay, Concón, San Antonio); N° 114 del 6 de julio de 2018, con fecha de caducidad 6 de enero de 2019 (comunas de Petorca, Cabildo, La Ligua, Zapallar y Papudo, Provincia de Petorca); N° 8 del 30 de enero de 2019, con fecha de caducidad 30 de julio de 2019 (Provincia de Petorca, región de Valparaíso); N° 81 de 31 de julio de 2019, con fecha de caducidad 31 de enero de 2020 (Provincia de Petorca); y el N° 11 de 4 de febrero de 2020, con fecha de caducidad 4 de agosto de 2020 (Provincia de Petorca); y N° 81, de 5 de agosto de 2020, con fecha de caducidad 5 de febrero 2021.

y río Petorca,²⁰⁰ provincia de Petorca, región de Valparaíso, frente a lo cual dos empresas presentaron recursos ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso,²⁰¹ los que fueron acogidos. Sin embargo, en 2017, la Corte Suprema²⁰² falló a favor de la DGA, ratificando la decisión del servicio de derogar derechos provisionales de aguas subterráneas a la Sociedad Agrícola Los Graneros Ltda.,²⁰³ revocando así el fallo de la Corte de Apelaciones.²⁰⁴

El 15 de septiembre de 2018, por medio de la Resolución N° 19, el MOP a través de la DGA decretó zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común de las cuencas de los ríos La Ligua y Petorca. Esto, debido a que, luego de diversos análisis e informes técnicos, la DGA concluyó que, en definitiva, la demanda comprometida supera la disponibilidad determinada para la constitución de derechos de aprovechamiento, tanto definitivos como provisionales. Sin embargo, si bien desde la reforma del año 2018,²⁰⁵ la autoridad podría de oficio establecer la reducción temporal del ejercicio de los DAA si la explotación de las aguas subterráneas afectare la sustentabilidad

200 Resolución N° 1703 Exenta, deja sin efecto derechos de aprovechamiento provisionales de aguas subterráneas que indica en los acuíferos río La Ligua y río Petorca, provincia de Petorca, región de Valparaíso, 15 de julio de 2014.

201 Empresa Agrícola La Loica Ltda. con derechos por un caudal de 104 litros por segundo y Sociedad Agrícola Los Graneros Ltda. con derechos por un caudal de 142 litros por segundo,

202 Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol N° 5594-2016, 3 de mayo de 2017 y sentencia de reemplazo de 13 de junio de 2014.

203 Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, de carácter consuntivo, por un total de 118,2 litros por segundo, otorgados por Resoluciones DGA (Exentas) V Región N° 103, del 04 de abril de 2006, N° 57 del 29 de enero de 2007 y N° 1194 del 08 de julio de 2008, todos ubicados en la comuna de Cabildo, de la provincia de Petorca, que mediante la Resolución DGA N° 1.703 (Exenta) dejó definitivamente sin efecto una serie de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas provisionales.

204 Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol N° 5594-2016, sentencia de fecha 3 de mayo de 2017, considerando N° 10. La Sociedad Agrícola alegó que tenía derechos de propiedad sobre los derechos provisionales, y que, en consecuencia, estos se encontraban protegidos por la CPR, ya que esta no distingue entre el carácter de los DAA, los que pueden ser dejados sin efecto solo de la forma prevista en el CA. La DGA por su parte, alegó que se dejaron sin efecto los derechos porque causaban perjuicio a los derechos permanentes constituidos con anterioridad. Asimismo, destacó que un derecho provisional para transformarse en permanente debe necesariamente someterse al procedimiento de constitución de DAA, teniendo hasta ese momento una mera expectativa. La Corte por su parte, confirmó la precariedad de este derecho y su susceptibilidad de ser revocado sin exigir que el ejercicio de dicha atribución quede sujeto a la previa tramitación de un procedimiento administrativo preestablecido y claramente definido (como lo sería el regulado en el artículo 130 y ss. del CA), teniendo el deber de comunicar al administrado la existencia de las actuaciones que está llevando a cabo, y en su caso las motivaciones en cuya virtud las inició y las eventuales determinaciones que podría adoptar al respecto, lo que ocurrió en el caso en comento.

205 Ley 21.064, Introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, 27 de enero de 2018.

del acuífero u ocasione perjuicio, esta facultad no ha sido utilizada por ese organismo.

Finalmente, es importante destacar que la situación de Petorca ha sido relevada a nivel internacional por dos motivos. Primero, en 2018, una serie de medios de prensa extranjeros difundieron información sobre la situación de Petorca y el negocio de las paltas, criticando las herramientas, a veces indicadas como ilegales, para desarrollar el negocio a costa del medio ambiente y de la calidad de vida de las personas que habitan en la zona.²⁰⁶ Esto, a su vez, generó una reacción por parte de ciertas compañías y supermercados en Europa que dejaron de comprar los productos de Chile, lo que consecuentemente motivó a que productores y exportadores de paltas, incluidos el presidente de las Asociación de Exportadores de Fruta (ASOEX) y el presidente del Comité Palta Hass, iniciaran una serie de reuniones en Europa para aclarar las alegaciones.²⁰⁷

El segundo hecho internacional destacable es que, en 2019, el dirigente chileno Rodrigo Mundaca, de MODATIMA, recibió el Premio Internacional de Derechos Humanos de Nuremberg.²⁰⁸ El premio, además de galardonar los logros de quienes lo reciben, busca contribuir a la protección de los defensores de los derechos humanos en peligro.²⁰⁹ El jurado destacó que la lucha por el agua en Chile ha sido criminalizada, describiendo la persecución a la que ha sido sometido el dirigente, destacando su lucha por el derecho humano al agua.²¹⁰

6.2 Contaminación del agua y ausencia de servicios sanitarios: la crisis de Osorno

En julio de 2019, la ciudad de Osorno, en la región de Los Lagos, sufrió un corte generalizado del suministro de agua potable, que afectó a 120.000 personas, que equivalen a un 90% de los hogares de la ciudad de Osorno.²¹¹ La Empresa de Servicios Sanitarios (ESSAL) de los Lagos, –en ese entonces y hasta septiembre de 2020, filial de la empresa

206 Danwatch: "Avocados and stolen water", 19 de marzo de 2017.; Deuschle Welle: documental "El aguacate: el lado oscuro del superalimento" 4 de mayo de 2018. The Guardian.com: "Chilean villagers claim British appetite for avocados is draining region dry", 17 de mayo de 2018.; Thomson Reuters Foundation "is our love for avocados fuelling Chile's drought", 3 de junio de 2019.

207 ASOEX: "Productores y exportadores de paltas chilenas instan a las autoridades a abordar el tema con acuciosidad", 3 de julio de 2019.

208 Nuremberg, Prizewinner of the 2019 Nuremberg International Human Rights Award, 2019.

209 *Ibid.*

210 *Ibid.*

211 Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

Aguas Andina²¹² y parte del Grupo Suez-,²¹³ identificó como causa una falla en los sistemas productivos de la planta de agua potable Caipulli²¹⁴ y señaló que la reposición tardaría 24 horas.²¹⁵ Sin embargo, el corte de agua potable se mantuvo por 11 días y la causa fue la filtración de 2.000 litros de petróleo en el proceso de captación de las aguas provenientes del río Rahue,²¹⁶ contaminación que afectó seriamente la posibilidad de acceder al agua para actividad de consumo e higiene personal. A su vez, este derrame de petróleo habría también afectado al río Rahue, cuestión que –de acuerdo con las declaraciones efectuadas por el intendente de la Región–, no fue debidamente informada por ESSAL, lo que provocó que la autoridad llamara a la ciudadanía a no consumir agua del río, lo cual fue posteriormente reiterado por la empresa.²¹⁷

El prolongado corte de agua, y la insuficiencia de estanques y de camiones aljibe para proveer a la población de agua potable, provocó que el Ministerio de Salud decretara alerta sanitaria, con el propósito de dotar a la autoridad de facultades extraordinarias para enfrentar la situación,²¹⁸ señalando que:

“la falta de agua potable por el tiempo que se estima que el suministro estará interrumpido en la comuna de Osorno constituye un riesgo inminente para la salud de las personas. Esto, porque la falta de dicho recurso impide garantizar el saneamiento básico, el aseo e higiene personal de la población, la manipulación adecuada de los alimentos, la evacuación de aguas servidas y su eventual colapso, generando el riesgo del contacto de la población con aquéllas y, asimismo, permite la reproducción de vectores de interés sanitario.”

Por su parte, el alcalde de Osorno calificó de insuficiente el abastecimiento de agua potable proporcionado por ESSAL, y solicitó a las autoridades de gobierno que decretaran estado de catástrofe en Osorno, medida que les permitiría auxiliar de mejor forma a las personas afectadas, ya que el municipio podría invertir más dinero en la compra

212 Diario Financiero: “Aguas Andinas logra vender su participación en Essal y gigante canadiense entrará al negocio sanitario en Chile”, 11 de septiembre de 2020.

213 Cristián Flores Fernández, “Servicios sanitarios urbanos en Chile: Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la crisis sanitaria de Osorno”, Fundación Henrich Böll, mayo de 2020.

214 T13.cl: “Essal suspende servicio de agua potable en Osorno por posible fuga de hidrocarburo”, 11 de julio de 2019.

215 Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

216 SEC.cl: “SEC Los Lagos investiga fuga de combustible que provocó suspensión del suministro de agua en Osorno”, 11 de julio de 2019; Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

217 La Tercera: “Intendente de Los Lagos afirma que Essal ‘no informó oportunamente’ que derrame de petróleo alcanzó aguas del río Rahue”, 11 de julio de 2019.

218 Decreto 28 del Ministerio de Salud de fecha 17 de julio de 2019.

de agua.²¹⁹ En este sentido, una declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe permite a la autoridad establecer la distribución o utilización gratuita u onerosa de bienes necesarios para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada.²²⁰

En agosto, luego de concluida la investigación especial por el derrame de hidrocarburos,²²¹ la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) determinó iniciar un proceso sancionatorio y otro para determinar la posible caducidad de la concesión.²²² En el primero de los procesos,²²³ entre los incumplimientos que la SISS concluyó que se habrían producido a la normativa sanitaria se incluye (i) la obligación de calidad de servicio; (ii) la obligación de continuidad del servicio de agua; (iii) afectación de los usuarios; (iv) poner en peligro la salud de la población y hacer entrega de información manifiestamente errónea tanto a la autoridad como a la población; (v) no cumplir con los procedimientos e instrucciones de la SISS para procedimientos de emergencia; (vi) la obligación de abastecimiento alternativo; y (vii) proporcionar información manifiestamente errónea sobre las causas del problema, tiempo, reposición y abastecimiento alternativo. Este proceso llegó a su término en agosto de 2020, con una multa de 2.720 UTA.²²⁴ Al respecto, la SISS declaró que se ha “aplicado el máximo que permite la ley según el tipo de infracción en seis de los nueve cargos formulados a la empresa”.²²⁵ Esta multa es especialmente alta si se considera que, de acuerdo a lo denunciado en el *Informe 2017*, las multas aplicadas nunca han llegado al máximo que autoriza la ley. Sin embargo, también destaca que un sistema que multa menos que la ganancia o ahorro en inversiones obtenido mediante la conducta infractora, no es eficaz a menos que tenga una sanción creíble, no pecuniaria y adicional a la disposición como, por ejemplo, la posibilidad real de caducar la concesión.

En el segundo proceso se abrió un expediente especial, con el objeto de determinar si por la naturaleza de los incumplimientos hay fundamento para emitir el informe de caducidad de las concesiones de ESSAL, que prevé el artículo 26 de la ley de servicios sanitarios.²²⁶ La

219 CNN.cl: “Alcalde de Osorno pide decretar zona de catástrofe y dice que no se ha hecho ‘porque estamos a mil kilómetros de la capital’”, 18 de julio de 2018.

220 Ley N°18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, artículo 5° N°3.

221 SISS, Resolución N° 2552, del 12 de julio de 2019.

222 SISS, Resolución Exenta N° 2850, del 1 de agosto de 2019.

223 SISS, Resolución Exenta N° 2865, del 2 de agosto de 2019.

Se formularon cargos contra la empresa cuyas posibles multas, según señaló el superintendente de Servicios Sanitarios, podrían ser de hasta 2.500 millones de pesos, equivalentes a aproximadamente 4.500 UTA.

224 Punto de Prensa SISS, Osorno, 12 de agosto 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=Fem-fx0Wjfq&ab_channel=SuperintendenciadeServiciosSanitariosSISS

225 La Segunda.cl: “Ente regulador aplica multa récord a Essal por corte de agua en Osorno”, 13 de agosto 2020.

226 Resolución N° 2864, del 2 de agosto de 2019, de la SISS.

empresa fue representada por Juan Ignacio Piña, quien fue presidente del Consejo de Defensa del Estado durante el primer gobierno de Sebastián Piñera.²²⁷ En junio de 2020, el Grupo Suez solicitó la nulidad administrativa y la suspensión del expediente de caducidad, debido a que se habrían infringido los principios del proceso administrativo y por poner en duda la seguridad jurídica de inversiones extranjeras.²²⁸ El proceso aún no ha concluido a la fecha de elaboración de este capítulo.

Si bien las autoridades de gobierno criticaron fuertemente a la compañía y describieron su actuar como riesgoso,²²⁹ señalaron que la posibilidad de revocar la concesión de ESSAL era altamente compleja, ya que “significa que la SISS tiene que pasar a tener una función para la cual no está preparada, que es administrar una empresa” de esas características.²³⁰ Sin embargo, sobre la materia, la Ley General de Servicios Sanitarios contempla el nombramiento de un administrador provisional, que será seleccionado de entre las personas que se encuentren inscritas en un registro público, y que estará encargado de la administración de la empresa hasta que vuelva a licitarse la concesión.²³¹ A su vez, desde 2014, la SISS ha iniciado 85 procesos sancionatorios contra ESSAL.²³²

Como se denunciaba en el *Informe 2017*, pareciera que la imposibilidad del Estado de forzar a las empresas sanitarias a que presten servicios adecuados que garanticen el derecho humano al agua, se debe a que el Estado ha limitado su capacidad de exigir estas condiciones –por ejemplo, de caducar las concesiones– al someterse a contratos mediante los cuales estas facultades son prácticamente imposibles de ejecutar.

La Cámara de Diputados, por su parte, formó una Comisión Especial Investigadora en relación con el accionar de los órganos públicos ante la emergencia. El informe de la Comisión, del 29 de enero de 2020, fue aprobado por 7 votos contra 4, y se realizaron 7 propuestas a corto plazo. Entre ellas, se incluyó solicitar al Presidente de la República caducar la concesión; y dos medidas a largo plazo, que incluyen, en el marco del derecho humano al agua, considerar las bases para un nuevo modelo de administración del agua potable y desarrollar una

227 CNN.cl: “Crisis en Osorno: Ex subsecretario de Justicia de Piñera l asumió la defensa de Essal”, 19 de julio de 2019.

228 Radio JGM.cl: “Chao Essal: a un año de la crisis sanitaria en Osorno”, 21 de julio de 2020.

229 CNN.cl: “Ministro Moreno afirmó que planta de Essal está ‘muy lejos de un estándar de nivel mundial’”, 18 de julio de 2019.

230 Emol: “Ministro de Economía advierte que pérdida de concesión de Essal ‘es una opción compleja’”, 19 de julio de 2019.

231 Ley General de Servicios Sanitarios, artículo 27.

232 Según consta en el sitio web de la SISS, desde 2014 a 2018 (último informe de sanciones publicado), ESSAL ha sido objeto de 34 procesos sancionatorios, por lo que se desconoce el origen de los 51 procesos sancionatorios restantes, a los que el mismo Superintendente (S) hace referencia. Ver tabla anexo 1.

política pública efectiva para los casos de emergencia derivados de la interrupción prolongada del servicio.²³³

Por su parte, el Servicio Nacional del Consumidor inició un procedimiento voluntario colectivo con ESSAL, con el fin de proteger los intereses colectivos o difusos de los consumidores y de obtener una solución expedita.²³⁴ En este sentido, la Ley de Protección al Consumidor señala que, en caso de suspensión injustificada de servicios básicos, el proveedor deberá indemnizar de manera directa y automática al consumidor afectado.²³⁵ Al respecto, se acordó abonar el monto de \$63.250 a los estados de cuentas mensuales de cada uno de los 47.519 consumidores residenciales beneficiados por este acuerdo y que se pagará el monto de 0,15 UTM (\$7.384 aproximadamente)²³⁶ a los 1.070 consumidores que manifestaron su queja ante el Servicio Nacional del Consumidor.²³⁷

La Municipalidad de Osorno desarrolló una consulta ciudadana sobre una posible nueva Constitución, y preguntó a las personas si estaban de acuerdo con poner fin a la concesión actual de ESSAL en la ciudad.²³⁸ La opción SÍ obtuvo un 90% de los votos contra solo un 6,7% que votó por la opción NO.²³⁹ Sin perjuicio de que los datos no son vinculantes, los resultados son un buen indicio del malestar de la población en relación a esa emergencia sanitaria.

Finalmente, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), el Observatorio Ciudadano, la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU) y la Ligue des Droits de l'Homme (LDH) presentaron una denuncia al Grupo Suez ante los tribunales civiles franceses, en base a *Loi de Vigilance* de 2017,²⁴⁰ que obliga a las grandes empresas francesas a adoptar procesos de debida diligencia en derechos humanos en toda su cadena de suministro. Sin embargo, la venta de ESSAL por parte de Suez deja en incertidumbre la continuidad de la denuncia.²⁴¹

233 Cámara de Diputados (2020). Informe de la Comisión Especial Investigadora del accionar de los órganos públicos para afrontar la emergencia producida por la contaminación de los sistemas de producción y provisión de agua potable de la comuna de Osorno.

234 Resolución Exenta N° 0476 que dispone el inicio de un procedimiento voluntario colectivo entre ESSAL S.A. y el SERNAC, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articulos-56323_archivo_01.pdf

235 Ley de Protección al Consumidor, artículo 25 A.

236 Valor UTM a la fecha de la Resolución N°01063 que pone término al Procedimiento Voluntario Colectivo: \$49.229.

237 Resolución de término del Procedimiento Voluntario Colectivo N°0106.

238 Cristián Flores Fernández, op. cit. p. 9.

239 Resultados consulta ciudadana Osorno, 13 de enero de 2020, disponible en: <https://www.municipalidadadosorno.cl/slide.php?id=540>

240 Observatorio Ciudadano.cl: "Tras la crisis sanitaria en Osorno (Chile), Suez recibe un requerimiento para modificar su plan de vigilancia", 9 de julio de 2020.

241 El Mercurio.cl: "Aguas Andinas acuerda vender 53,51% de Essal a canadiense Algonquin Power en US\$ 92,3 millones", 11 de septiembre de 2020.

6.3 El precio del agua y la crisis sanitaria

La determinación del precio de las aguas funciona en base a bandas tarifarias acordadas previamente entre el regulador y la concesionaria.²⁴² Históricamente, el valor de las tarifas ha sido mayor en la zona norte y disminuye hacia el sur, lo que reflejaría los valores de escasez del recurso.²⁴³

En un estudio de Fundación AQUAE, de septiembre de 2018, se analizaron las tarifas en 236 ciudades de 56 países²⁴⁴ del mundo, en donde La Serena aparece como la ciudad de América Latina²⁴⁵ con el precio más caro del agua –US\$341 por un consumo de 100 m³ al año–. A continuación se encuentra Copiapó con US\$315²⁴⁶ y Antofagasta con US\$261.²⁴⁷, que se ubica después de la ciudad de La Paz, en Bolivia.

Si bien el Estado proporciona subsidios a familias de menores ingresos,²⁴⁸ en el contexto actual de crisis sanitaria y económica debido al Covid-19, los problemas de accesibilidad al agua se han acrecentado y dejado en mayor evidencia la precariedad en la que se encuentran algunos sectores de la población.

El 5 de agosto de 2020, a raíz de la pandemia por Covid-19, se aprobó por el Congreso la Ley 21.249 que dispone, de manera excepcional, medidas que benefician a los usuarios finales de servicio sanitarios, electricidad y gas de red;²⁴⁹ norma que fue enviada al Ejecutivo, con fecha 11 de junio, para su promulgación. La regulación prohíbe la suspensión del corte de servicio por mora en el pago de sus boletas para determinados clientes.²⁵⁰ A su vez, establece que los saldos impagos que se originen durante la vigencia de este estado de excepción constitucional de catástrofe serán prorrateados en hasta 12 cuotas mensuales, a partir de su fin, sin intereses.²⁵¹

El 9 de julio de 2020, en virtud de la atribución establecida en el artículo 32 N°1 de la CPR, el Ejecutivo rechazó parcialmente el proyecto recibido, incorporando observaciones –lo que es denominado

242 Decreto con Fuerza de Ley N° 70, del 30 de marzo de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que regula el establecimiento de tarifas y el reglamento de la ley de tarifas, Decreto Supremo N° 453, del 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

243 Guillermo Donoso y María Molinos, *Sistema tarifario de agua potable en Chile: una propuesta para mejorar su sostenibilidad*, Centro UC Derecho y Gestión de Aguas, 2015, pp. 157-182.

244 El análisis se realizó en 2015, y la publicación es de 2018.

245 Ranking 60 del estudio.

246 Ranking 80 del estudio.

247 Ranking 90 del estudio.

248 Ley 18.778, del 17 de enero 1989, que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado y aguas servidas, y el decreto N° 195, del 19 de febrero de 1998, que aprueba el reglamento de la ley 18.778.

249 Boletín 13438-03, refundido con los Boletines 13417-03 y 13315-08.

250 Ley 21.249, artículo 1.

251 *Ibid.*, artículo 2.

“veto presidencial parcial”-,²⁵² fundado en que durante la tramitación se habrían realizado diversas reservas de constitucionalidad debido a que se “incorporaron normas que afectan, principalmente, al derecho a la igual repartición de las cargas públicas y al derecho de propiedad”.²⁵³ Esto debido a que se impondría por ley una carga pública sin compensación a quienes prestan servicios públicos, de forma que se afectaría la Constitución.

Continúa argumentando el Ejecutivo que cuando esta carga es desigual y desproporcionada, y su contenido es de carácter patrimonial “se produce también una afectación al derecho de propiedad en su esencia, pues se afectan los atributos o facultades esenciales del dominio (...)” lo que devendría en vicios de inconstitucionalidad que deben ser enmendados acorde con el oficio. En lo que respecta a los servicios sanitarios, propone suprimir la prohibición que impide a las empresas recuperar los costos que irroga para ellas la implementación de la ley.²⁵⁴ El Ejecutivo, además, señala que el proyecto no considera la sequía y el cambio climático, lo que se manifiesta en el hecho de que no se estableció un límite de consumo de agua, por lo que propone incorporar un límite a la postergación del pago de consumos de hasta 15 metros cúbicos, con ciertas excepciones, tal como se habría discutido durante la tramitación del proyecto de ley observado.²⁵⁵

Si el Senado y la Cámara de Diputados aprueban las observaciones, el proyecto adquiere fuerza de ley y es remitido nuevamente al Presidente de la República para su promulgación.²⁵⁶ En caso de rechazo, podrían votar la insistencia del proyecto aprobado por el Congreso con un quorum de 2/3 de los miembros en ejercicio de cada una de las Cámaras.²⁵⁷

En el caso en análisis, el veto presidencial fue rechazado por ambas Cámaras, pero a diferencia de la Cámara de Diputados, en el Senado no se alcanzó el quorum necesario para insistir en el proyecto presentado originalmente por el Congreso. En virtud de ello, la ley fue publicada de igual forma, pero dejando fuera las temáticas sobre las

252 Alan Bronfman, Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate, *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Legal Publishing, 2013, pp. 261.

253 Oficio de S.E el Presidente de la República N° 110-368, por el cual formula observaciones al proyecto, 9 de julio de 2020.

254 Artículo 8.- Si los beneficiarios de esta ley hubiesen sido objeto de cortes o suspensiones de suministro o servicio, por mora en el pago de cualquiera de los servicios señalados en el artículo 1, la respectiva empresa proveedora o cooperativa deberá proceder a la reposición inmediata del servicio, sin costo alguno para el usuario, una vez publicada la presente ley.”

255 Oficio de S.E el Presidente de la República N° 110-368, por el cual formula observaciones al proyecto, 9 de julio de 2020.

256 Ley 18.918, artículo 34.

257 *Ibíd.*, artículo 33.

cuales no hubo acuerdo con el Ejecutivo.²⁵⁸ De esta forma, la actual y ya publicada Ley 21.249 no establece un límite en el consumo de agua potable para postergar los pagos por dichos servicios y tampoco asegura que los costos que irrogue la implementación de la ley no serán cobrados a los clientes finales del servicio.

CONCLUSIONES

1. Una serie de elementos permite concluir que dentro de los motivos que explican las manifestaciones sociales, ocurridas en octubre de 2019, se encuentra la relación entre el medioambiente y el ser humano. La exacerbada explotación de los recursos naturales, la contaminación, la inequidad en la distribución de las cargas ambientales y la falta de acceso al uso y disfrute de bienes como el agua, serían algunos de los elementos identificados.
2. El cambio climático, la sequía y la escasez han modificado el escenario actual de disponibilidad del agua en Chile. A su vez las prioridades de la sociedad han cambiado y garantizar el consumo humano de agua y la protección del medio ambiente se relevan como esenciales para el presente y el futuro. En este contexto, el Covid-19 ha puesto en evidencia lo fundamental que es garantizar un debido acceso al agua para el consumo humano y doméstico.
3. El derecho humano al agua no solo implica garantizar el acceso al agua potable y saneamiento, sino que, progresivamente, requiere la integración de otros elementos que permitan satisfacer y reconocer los usos de agua a los pueblos indígenas y la protección de los ecosistemas.
4. Como uno de los obstáculos para garantizar el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas, se identifica la actual Constitución, específicamente por la forma en que esta ha sido interpretada, y sobre la cual recaen una serie de discusiones tanto políticas como doctrinarias fuertemente ideologizadas. En este sentido, no existe acuerdo respecto de las implicancias que el marco constitucional tiene en relación al marco legal de las aguas, sin embargo, en la práctica, la protección constitucional establecida en el artículo 19 N° 24 ha impedido un avance legislativo para garantizar el derecho humano al agua, priorizando, de esa manera, el consumo humano por sobre otros usos, y la protección de los ecosistemas.

258 *Ibid.*, artículo 36.

RECOMENDACIONES

1. En un escenario de cambio climático, sequía, escasez hídrica y pandemia, es necesario que la Constitución contenga dentro de su listado de garantías y derechos constitucionales, el derecho humano al agua y al saneamiento, el que debe incorporar la priorización del uso del agua para consumo humano y la protección de las fuentes. Este último deberá vincularse con la protección del medio ambiente que se defina a nivel constitucional.
2. Cualquier modelo de administración de las aguas o régimen jurídico que se adopte respecto de estas, debe reconocer las limitaciones a la propiedad que deriven de su función social y ambiental, y permitir que las autoridades, tanto legislativas como administrativas, tengan robustas atribuciones que les permitan garantizar el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas, en este nuevo contexto climático.
3. Debe progresivamente avanzarse hacia la protección de las fuentes que proveen de agua, tanto superficiales como subterráneas, incluidos las reservas de agua dulce más importantes constituidas por los glaciares, permitiendo la restauración de estas y evitando su sobreexplotación. Con un marco constitucional apropiado, la regulación legislativa debe ir alineada con dichos derechos constitucionales, garantizando el agua no solo para las generaciones presentes, sino que también futuras.

EL MODELO DE RELACIONES LABORALES CHILENO: UN CÓMPLICE DE LA DESIGUALDAD

Karla Varas Marchant ¹

1 Abogada, doctora en Derecho por la Universidad Diego Portales y Universidad de Salamanca, profesora asociada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Con la colaboración del ayudante Manuel Sepúlveda Contreras.

SÍNTESIS

Octubre de 2019 marcó el inicio de la movilización y protesta ciudadana más grande desde el retorno a la democracia. La desigualdad estructural –provocada por el modelo político, económico y social imperante en Chile desde la dictadura militar– fue el pilar y base del descontento ciudadano.

En este contexto, resulta necesario preguntarse en qué medida el modelo de relaciones laborales chileno ha permitido o favorecido un conjunto de condiciones que perpetúan la desigualdad de un importante número de ciudadanos: los trabajadores.

En esta sección me ocuparé de demostrar que el modelo laboral chileno ha sido un cómplice perfecto de la desigualdad reinante en Chile, siendo imperioso que tras el proceso de cambio constitucional se inicie un debate para sustituir tal modelo.

PALABRAS CLAVE: desigualdad, modelo laboral, flexibilidad, ausencia de poder colectivo.

INTRODUCCIÓN

En el año 1919, luego de la Segunda Guerra Mundial, se aprueba la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). En ella se destaca que el sustrato necesario para alcanzar una paz universal permanente es la justicia social. En esa línea, la existencia de condiciones de trabajo que encierren injusticias y miseria, puede llegar a ser una causa desencadenante de descontento que amenaza la paz y armonía universal.²

En octubre de 2019, a partir del anuncio del alza del pasaje del Metro de Santiago, la ciudadanía, y en especial los estudiantes secundarios, a través del ejercicio del derecho de protesta, hizo visibles múltiples demandas que se habían ido incubando durante muchos años, producto, principalmente, de la desigualdad que reina en el país y del abandono en que se encuentran los derechos sociales.

A partir de esa fecha hemos sido testigos de un intenso proceso de movilización social. Las calles de distintas ciudades de Chile se han repletado de manifestantes, pancartas y cánticos, reivindicando una larga lista de demandas sociales y políticas, dentro de las cuales se encuentran las ligadas al mundo del trabajo. No podría haber sido de otra manera, si consideramos que nuestro modelo de relaciones laborales ha sido heredado de la dictadura militar y que el área clave de todo modelo laboral para combatir la desigualdad –el de las relaciones colectivas– fue reconfigurado con el fin de ponerlo en sintonía con la ideología neoliberal y hacerlo completamente intrascendente para su objetivo principal que debiera ser el de alcanzar la anhelada igualdad material de todos los ciudadanos.³

2 Preámbulo de la carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo.

3 En lo que a las relaciones colectivas se refiere, la herencia de la dictadura militar es el denominado Plan Laboral que, tal como indica su artífice José Piñera, es un plan sindical referido únicamente, por tanto, al derecho colectivo del trabajo. De esta forma, el Plan Laboral está compuesto por el Decreto Ley 2.756, sobre organizaciones sindicales y el Decreto Ley 2.758, sobre negociación colectiva. José Piñera, *La revolución laboral en Chile*, 3° ed., Santiago, Editorial Zig-Zag, 1990, p. 23.

Este proceso de movilización social fue interrumpido por la pandemia provocada por el Covid-19. Sin embargo, en lo que a las relaciones laborales se refiere, la pandemia ha puesto en el centro del debate al trabajo y al modelo de relaciones laborales imperante, desnudando la desprotección en la que se encuentran los trabajadores y las trabajadoras. En otras palabras, las demandas sociales vinculadas al trabajo se han hecho mucho más evidentes y notorias con la crisis sanitaria.

El presente estudio examinará las demandas sociales vinculadas al trabajo que el *estallido social* y la pandemia han hecho visibles, demostrando que la normativa laboral actual —el Código del Trabajo— ha sido cómplice de la desigualdad que reina en nuestro país.

La premisa que guiará este trabajo será la siguiente: el modelo chileno de relaciones laborales institucionaliza la precariedad y la desigualdad, y representa una de las causas o factores que gatillaron el descontento que derivó en el despertar de Chile.

¿Por qué? Primero, en relación a la precariedad, el modelo laboral chileno tiene una normativa extremadamente flexible en el plano individual ya que, por ejemplo, la contratación temporal no exige ningún requisito de causalidad, pudiendo ser utilizada por los empleadores sin tener que justificar su necesidad y para la realización de labores permanentes; el ámbito de la subcontratación puede alcanzar incluso a la actividad o giro principal de la empresa sin límite alguno y, en materia de despido, la causal de necesidades de la empresa ha sido la máscara o pantalla para ocultar un verdadero sistema de libre despido.

Segundo, en lo que se refiere a la desigualdad, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, nuestro modelo es extremadamente intervencionista y restrictivo, al punto de reglamentar cuestiones que debieran quedar entregadas a la autonomía del sujeto colectivo: nivel de sindicalización, elaboración de sus estatutos, excesiva regulación de la negociación colectiva, etc. Se genera con ello un obstáculo insalvable para que los trabajadores organizados en sindicatos puedan construir un efectivo contrapeso al poder empresarial. Por esta razón, las organizaciones sindicales difícilmente podrán cumplir el rol de remover los obstáculos que dificultan la consecución de la igualdad material de los ciudadanos.

Revisemos, entonces, cómo nuestro modelo de relaciones laborales ha contribuido a profundizar la desigualdad reinante en nuestro país.

1. EL MODELO DE RELACIONES LABORALES CHILENO: LA FLEXIBILIDAD EN EL PLANO INDIVIDUAL Y LA EXCESIVA REGLAMENTACIÓN EN EL PLANO COLECTIVO

Uno de los pilares estructurales de la desigualdad existente en Chile es el modelo de relaciones laborales heredado de la dictadura militar, conformado por el Decreto Ley 2.200 sobre contrato de trabajo y la protección de los trabajadores, de junio de 1978, y los Decretos Leyes 2.756 y 2.758, de julio de 1979, que establecen normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, respectivamente, y que conformaron lo que se denominó Plan Laboral.

A 30 años del retorno a la democracia, no se han gestado reformas legales profundas tendientes a suplantar ese modelo que sustenta parte importante de la desigualdad existente en nuestro país. Las reformas introducidas durante el período de transición han sido simplemente periféricas o cosméticas,⁴ por lo que las reglas del juego en materia laboral siguen siendo las diseñadas por la dictadura militar de Pinochet,⁵ incluso, luego de la reforma laboral del gobierno de Michelle Bachelet contenida en la Ley 20.940.

El modelo chileno de relaciones laborales lo podemos graficar de la siguiente manera: en el plano individual, es una legislación flexible⁶ que tiende a conferir al empleador amplias potestades para organizar el trabajo, en tanto que en el plano de las relaciones colectivas del trabajo, presenta una excesiva intervención legal de corte esencialmente

4 Como explican Arellano y Gamonal, las reformas laborales postdictadura que han incidido en el plano individual, si bien han sido protectoras del trabajador, han mantenido parte importante de la flexibilidad heredada de la dictadura. En el plano colectivo, en tanto, se ha dejado prácticamente intacta la esencia del modelo, introduciéndose reformas meramente cosméticas que han mantenido la estructura elaborada por los ideólogos neoliberales de la dictadura, transgrediéndose gravemente la libertad sindical. Finalmente, en materia de seguridad laboral, las reformas introducidas en democracia no han sido capaces de sustituir la visión neoliberal e individualista del sistema. Pablo Arellano y Sergio Gamonal, "Flexibilidad y desigualdad en Chile: el derecho social en un contexto neoliberal", *Boletín mexicano de derecho comparado* N°149, mayo-agosto de 2017, p. 556.

5 Como se expresa en un capítulo del *Informe 2010*, el modelo laboral chileno "es fundamentalmente el mismo que articuló el régimen militar bajo el nombre de Plan Laboral, cuyos decretos de ley no consideraron ni la opinión ni la participación de los trabajadores". *Informe 2010*, p. 384.

6 El proceso flexibilizador chileno se inicia a finales de la década de los setenta (en plena dictadura militar, como hemos indicado), y ha sido calificado por la doctrina laboral como un caso típico de desregulación salvaje. En ese sentido, Oscar Ermida, "La flexibilidad en algunas experiencias comparadas", en AAVV *Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Andrés Bello, 1992, p. 45.

Teniendo en vista que no hay un único concepto de flexibilidad laboral, para efectos de esta investigación tomaremos el concepto del pensamiento económico neoliberal que conceptualiza este fenómeno como "la rebaja o la remoción de los límites y restricciones impuestas a la generación, desarrollo y término de las relaciones laborales, contenidas en las normas jurídicas de la legislación del trabajo". José Luis Ugarte, *El nuevo derecho del trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2007, p. 203.

restrictivo y autoritario. Por otra parte, en materia de seguridad social tenemos un sistema que se financia esencialmente con los aportes de los trabajadores y cuya administración está entregada a empresas privadas con fines de lucro.

Como bien señalaba Ermida, el Plan Laboral chileno, de clara inspiración neoliberal, significó una profunda desregulación que derivó en una gran ampliación de los poderes del empleador, con la consecuente disminución de los derechos del trabajador. A esta realidad se añade una minuciosa reglamentación restrictiva de las relaciones colectivas de trabajo y el desmantelamiento del derecho procesal laboral especial.⁷ En otras palabras, un sistema flexible sin control sindical⁸ que deja a los trabajadores en la total desprotección.

Ahora bien, ¿cómo se expresa o manifiesta esa flexibilidad? Siguiendo la distinción que ha realizado la doctrina entre flexibilidad externa e interna,⁹ podemos sostener que en Chile conviven ambos tipos de flexibilidad, siendo sus manifestaciones principales las siguientes. Primero, en cuanto a la flexibilidad externa de entrada, en Chile no existen mayores restricciones a la utilización de contratos atípicos de trabajo, en especial, los contratos temporales, pudiendo ser utilizados por las empresas sin necesidad de expresar una causal legal que los habilite.

Segundo, en relación a la flexibilidad externa de salida, hay que señalar que si bien formalmente el legislador consagra un sistema de estabilidad relativa en el empleo –el empleador debe invocar una causal legal para fundamentar el despido de un trabajador, indicando los hechos que la respaldan–,¹⁰ lo cierto es que de todos modos se prevé que el despido pueda ser verbal¹¹ y, además, dentro de las causales de despido consagradas por el legislador, el empleador puede invocar la de necesidades de la empresa. Dicha causal, al tener un diseño normativo amplio, con una sanción de baja cuantía para el caso que se determine judicialmente su improcedencia, termina por encubrir un sistema de

7 Oscar Ermida, op. cit., p. 36.

8 Arellano y Gamonal, op. cit., p. 21.

9 Como explica Ermida, la flexibilidad puede ser externa o interna. La flexibilidad externa, a su vez, puede ser de entrada o salida. Será de entrada cuando se prevé “una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos”, y de salida cuando exista una “facilitación del despido”. La flexibilidad interna, en tanto, “modifica aspectos de una relación laboral preexistente y que subsiste, cuando se modifica el horario, la jornada, las condiciones de trabajo, la movilidad dentro de la fábrica”. Oscar Ermida, op. cit., p. 14.

10 Artículo 162 inciso 1° del Código del Trabajo.

11 El artículo 168 del Código del Trabajo, a propósito de la regulación de la acción judicial por despido injustificado, indebido o improcedente, reconoce que el despido puede ser verbal –que no se haya invocado ninguna causal legal–, estableciendo una sanción solo si el contrato de trabajo se ha extendido por más de un año, equivalente a un recargo legal de un 50% de la indemnización por años de servicio.

libre despido.¹² A ello debemos añadir que las sanciones para el caso que se declare judicialmente que la aplicación de las causales de despido han sido injustificadas, indebidas o improcedentes –e incluso, que el despido ha sido lesivo de derechos fundamentales– son esencialmente pecuniarias y, en algunos casos, de muy baja cuantía.¹³ Por otro lado, nuestra legislación no prevé ningún tipo de regulación de los despidos colectivos por lo que las empresas pueden proceder a realizarlos sin estar sujetas a requisitos especiales.¹⁴

En lo que dice relación con la flexibilidad interna, la legislación chilena consagra diversas alternativas de flexibilidad de la regulación laboral en aspectos tales como tiempo de trabajo, asignación de funciones, movilidad geográfica, etc.

En efecto, en cuanto al tiempo de trabajo, Arellano y Gamonal explican que la flexibilidad se presenta, en primer lugar, en la existencia de una libertad, sin muchas restricciones, para pactar horas extraordinarias.¹⁵ En segundo lugar, en las amplias jornadas excepcionales y especiales que consagra el legislador y, finalmente, en las amplias excepciones al descanso dominical.¹⁶ Esto conlleva un beneficio empresarial que para los autores se ve reflejado en un amplio manejo del recurso humano al contar, por un lado, con numerosas modalidades de distribución horaria y, por otro, con posibilidades ciertas de poder incorporar como días laborales los domingos y festivos.¹⁷ A este marco de flexibilidad se debe añadir que en nuestro país no hay regulación alguna del trabajo nocturno, lo que amplía aún más las modalidades de distribución horaria.

12 El inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo dispone que el empleador puede poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o la economía. De ser impugnado judicialmente el despido, si el tribunal estima que ha existido una aplicación improcedente de la causal, solo habrá sanción cuando el contrato de trabajo se haya extendido por más de un año, ya que la misma consiste en un recargo legal de un 30% de la indemnización por años de servicio.

13 La readmisión o reincorporación del trabajador solo está prevista para el caso de despidos de dirigentes sindicales con fuero, despido de trabajadoras amparadas por la garantía de fuero maternal y para el caso del despido discriminatorio grave. En los demás casos, las sanciones son esencialmente pecuniarias.

14 Para Ugarte, la inexistencia de la figura del despido colectivo permite al empleador despedir a cualquier número de trabajadores sin requisitos adicionales. José Luis Ugarte, op. cit., pp. 208-209.

15 Los requisitos del trabajo en horas extraordinarias están establecidos en los artículos 31 y 32 del Código del Trabajo y los podemos resumir de la siguiente manera: a) debe tratarse de faenas que no perjudiquen la salud del trabajador; b) el máximo diario es de 2 horas; c) deben estar destinadas a atender situaciones o necesidades temporales de la empresa y, d) deben constar en un pacto escrito cuya vigencia no puede ser superior a 3 meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes. Ahora, aunque no haya pacto escrito, se considerarán como extraordinarias las horas trabajadas en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador.

16 Establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo.

17 Juan Pablo Arellano y Sergio Gamonal, op. cit., pp. 557-558.

En relación a las funciones de los trabajadores, la legislación nacional permite al empleador estipular en el contrato de trabajo dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias,¹⁸ lo que a juicio de Arellano y Gamonal permite al empleador contratar personal con distintas funciones, maximizando las tareas de manera de poder contar, muchas veces, con menos trabajadores.¹⁹

Junto con ello, Arellano y Gamonal señalan que existe también en nuestro país una flexibilidad salarial al contemplarse múltiples modalidades flexibles de remunerar a los trabajadores, como la remuneración por resultado (pieza, medida u obra),²⁰ y los sistemas mixtos que combinan un sueldo fijo, en general equivalente al ingreso mínimo, y otro variable reflejado en comisiones.²¹ Ahora, esta flexibilidad salarial permite al empleador traspasar al trabajador parte del riesgo del negocio, ya que este solo estará obligado a pagar el ingreso mínimo, fijando incentivos remuneracionales en base a la productividad para que los trabajadores puedan alcanzar un nivel de remuneración más adecuado.²²

Finalmente, la legislación chilena permite la modificación unilateral del contrato de trabajo *–ius variandi–*, la que alcanza a aspectos fundamentales de las condiciones de trabajo: las funciones de los trabajadores, siempre que se trate de labores similares; el sitio o recinto donde deben prestarse los servicios, siempre que se encuentre dentro de la misma ciudad y, la distribución de la jornada de trabajo hasta en 60 minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo.²³

Este escenario de flexibilidad en el plano de la relación individual de trabajo se ve agravado por la falta de poder de los trabajadores en el plano colectivo. En efecto, si bien se les reconoce el derecho a constituir sindicatos, producto de una serie de trabas u obstáculos legales, los trabajadores no logran construir un efectivo contrapoder

18 Artículo 10 N°3 del Código del Trabajo.

19 Juan Pablo Arellano y Sergio Gamonal, op. cit., pp. 557-558.

Para Ugarte, la flexibilidad que se le otorga al empleador para pactar en el mismo contrato de trabajo dos o más funciones, relacionadas o independientes, es una norma excepcional dentro del derecho comparado. José Luis Ugarte, op. cit., p. 208.

20 De acuerdo con el inciso 1° del Código del Trabajo, la remuneración puede fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes o bien por pieza, medida u obra.

21 De acuerdo con el artículo 42 letra c) del Código del Trabajo, la comisión es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.

22 Juan Pablo Arellano y Sergio Gamonal, op. cit., pp. 557-558.

23 El *ius variandi* se encuentra consagrado en el artículo 12 del Código del Trabajo y para el caso de la alteración de los servicios o del sitio o recinto en que deben prestarse, el legislador exige que dicha modificación no implique menoscabo para el trabajador. En el caso de la alteración de la distribución de la jornada de trabajo, el legislador exige que se dé aviso al trabajador con 30 días de anticipación.

que les permita alcanzar condiciones laborales más justas y equitativas. Con una negociación colectiva que llega a pocos –anclada en la empresa–,²⁴ los trabajadores, más allá del asistencialismo estatal, no tienen posibilidades reales de modificar el escenario en el que están inmersos: inestabilidad laboral, bajos salarios, extensas jornadas laborales, etc.

A continuación, analizaremos este escenario legislativo de inequidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

2.1 Los bajos salarios generalizados

De acuerdo con los datos brindados por el Ministerio de Desarrollo Social, la línea de la pobreza para una familia promedio de 4 personas se ubica en los \$450.165. Si consideramos que en Chile el ingreso mínimo asciende a \$326.500 y que el 50% de los trabajadores percibe un ingreso igual o menor a \$400.000,²⁵ en nuestro país tener un trabajo formal, tal como lo señalamos en el *Informe 2019*, no garantiza niveles de vida dignos. En otras palabras, tener un trabajo formal con contrato de trabajo, no garantiza a las personas gozar de un empleo estable, con buenos salarios y condiciones dignas.²⁶

Haciendo un análisis más fino, la Fundación Sol da cuenta de que 7 de cada 10 trabajadores en Chile gana menos de \$550.000 líquidos. De ellos, el 56,7% se concentra en empresas de mayor tamaño: el 39,6% pertenece a la gran empresa y el 17,1% a la mediana empresa.²⁷

Estos datos son reveladores de la fragilidad en que viven los trabajadores asalariados en Chile, donde un gran porcentaje tiene sueldos que le impiden sacar a su familia de la línea de la pobreza y otros una remuneración que apenas la supera. Si consideramos el alto costo de la vida en Chile y que muchos derechos sociales básicos se encuentran privatizados (educación, salud y seguridad social, por nombrar algunos), los trabajadores para subsistir deben recurrir necesariamente al endeudamiento. Según los datos del Informe de deuda morosa USS-Equifax, en Chile hay 11,6 millones de personas endeudadas (lo que corresponde al 80% de los mayores de 18 años), de los cuales

24 Es la ley la que fija el nivel de la negociación colectiva: la empresa. Esto viene estructurado desde la norma constitucional y luego reglamentado en el Código del Trabajo.

25 Datos proporcionados por la última Encuesta Suplementaria de Ingresos del Instituto Nacional de Estadísticas, 2018. Dentro de los datos analizados por la encuesta, cabe destacar que la brecha de género del ingreso mediano fue de un –16,5% en desmedro de las mujeres, siendo el ingreso mediano de las mujeres de \$343.234. y de los hombres de \$411.100, según informe actualizado Fundación Sol, con datos del 2019, el 50% de los chilenos gana menos de \$401.000.

26 Karla Varas, “Empleo desprotegido en Chile”, en Francisca Vargas (ed.), *Informe 2019*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2019, p. 381.

27 Gonzalo Durán y Marco Kremerman, “Los verdaderos sueldos de Chile”, *Estudios de la Fundación Sol*, agosto de 2019, p. 12.

4,6 millones son deudores morosos,²⁸ es decir, que ni siquiera son capaces de saldar las deudas contraídas.²⁹

En Chile la mayoría de los trabajadores está en una situación límite, viviendo con bajos salarios y a punta de endeudamiento. De ahí que una de las principales demandas del movimiento social, que irrumpe en octubre de 2019, sea la necesidad de mejorar los sueldos de los chilenos. El estudio de opinión “Barómetro del Trabajo noviembre 2019” elaborado por la Fundación Instituto de Estudios Laborales (FIEL) junto con MORI Chile y la colaboración de la Fundación Friedrich Ebert, en medio del *estallido social*, reveló que las demandas prioritarias de la ciudadanía están vinculadas con el trabajo, entre ellas, mejores salarios, pensiones y no más AFP.³⁰ El 61% de las personas encuestadas consideró que la actual ley laboral protege poco y nada a los trabajadores. Un 79% sostuvo que los trabajos en Chile son de baja calidad y un 94% aseguró que los trabajos son mal pagados.³¹

Ante la problemática de los bajos salarios el gobierno responde con una propuesta que no apunta al centro del problema: la falta de poder de los trabajadores y la escasa o nula incidencia de la negociación colectiva en el ámbito salarial. En efecto, en mayo de este año se publicó la Ley 21.218 que estableció un ingreso mínimo garantizado, consistente en un subsidio mensual otorgado por el Estado para complementar los ingresos de los trabajadores hasta alcanzar el monto mínimo de \$300.000 líquidos, esto es, luego de haber efectuado los descuentos por cotizaciones de seguridad social. Para gozar de este subsidio estatal se debe tener un contrato de trabajo vigente con una jornada laboral completa de más de 30 horas semanales, un ingreso bruto menor a \$384.000 y no pertenecer al 10% de hogares con mayores ingresos.

Según las expectativas iniciales del Ministerio de Desarrollo Social, el subsidio al Ingreso Mínimo Garantizado beneficiaría a cerca de 700.000 trabajadores.³² Sin embargo, más allá de esas cifras, se trata de un monto aún insuficiente para garantizar un nivel de vida digno para el trabajador y su familia.

No olvidemos que la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de servicios tiene una importancia vital para su sustento personal y el de su familia. La remuneración constituye un derecho fundamental básico de todo ser humano y, desde esa perspectiva, para

28 Último informe corresponde a datos del primer trimestre de 2019, disponible en: XXIV Informe de Deuda Morosa Primer Trimestre 2019, Universidad San Sebastián.

29 Gonzalo Durán y Marco Kremerman, op. cit., p. 19.

30 DiarioUchile.cl: “Mejores salarios, pensiones y no más AFP: las demandas claves para terminar con la crisis social”, 25 de noviembre de 2019.

31 Fundación Fiel, Mori Chile y Fundación Friedrich Ebert, *Barómetro del Trabajo*, noviembre de 2019, pp. 4-7.

32 Gob.cl: “Subsidio al Ingreso Mínimo Garantizado a un paso de ser ley: beneficiará cerca de 700 mil los trabajadores”, 17 de marzo de 2020.

su determinación no solo deben confluír factores asociados a la productividad o a las variaciones de la oferta y demanda.

Se trata de un derecho social que ha sido denominado como derecho al salario justo o justa retribución, que exige que la determinación de la remuneración que deba percibir el trabajador no solo esté asociada a factores de índole productivo, ya que, ante todo, la remuneración debe ser “suficiente” de manera que permita la subsistencia del trabajador y su familia en condiciones de dignidad. De este modo, el salario debe permitir al trabajador solventar con el fruto de su trabajo las necesidades básicas asociadas a alimentación, vestuario, vivienda, salud, educación, recreación, entre otras.

La Constitución Política del Estado reconoce de forma expresa el derecho a una justa retribución, al señalar en su artículo 19 numeral 16 que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

Este mismo reconocimiento lo encontramos en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 23, establece que “toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7 reconoce el derecho de toda persona a gozar de una remuneración que proporcione, como mínimo, a todos los trabajadores “condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente pacto”.

La Organización Internacional del Trabajo, a través de diversos convenios orientados a garantizar un salario mínimo, exige el pago de un salario que asegure una vida conveniente.³³ Entre los elementos que deben considerarse para fijar los salarios mínimos destacan: la necesidad de los trabajadores y sus familias, habida cuenta del nivel general de salarios del país, costo de la vida, prestaciones de seguridad social, nivel relativo de otros grupos sociales, etc. De esta forma, se garantiza a toda persona que su remuneración “pueda asegurarle a este y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, que le permita a él y a los suyos desarrollar sus potencialidades y participar de la vida en sociedad adecuadamente.”³⁴

Centrándonos en la realidad nacional, como ya se señaló, la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a una justa retribución, ante lo cual nace la inquietud en torno a si el salario mínimo,

33 Convenio N°26 y 131 sobre métodos de fijación de los salarios mínimos; Convenio N°85 y Recomendación N°85, sobre protección de los salarios.

34 “Derecho al trabajo”, *Informe 2003*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2003, p. 453.

que es fijado por ley³⁵ alrededor del mes de junio de cada año, cumple con la materialización del derecho a una justa retribución, entendido, como hemos apuntado, como el derecho de contar con una remuneración que garantice un nivel de vida digno para el trabajador y su familia. El salario mínimo actual en Chile, equivalente a \$326.500, no cumple con el estándar de suficiencia, ya que con dicho monto un trabajador no logra sacar a una familia promedio de 4 personas de la línea de la pobreza, y los salarios que lo bordean, dados los altos costos de la vida y la privatización de derechos sociales básicos, tampoco lo permitirían.³⁶

Esta es la realidad salarial con la que los trabajadores chilenos han debido enfrentar la pandemia del Covid-19, la que sin duda se ha visto crudamente agudizada, no solo por las lógicas repercusiones que ha tenido la emergencia sanitaria en la economía y el empleo, sino que por las reacciones y respuestas del propio gobierno. Analicemos las causas.

1.1.1 Relaciones laborales y COVID-19: los bajos salarios como telón de fondo

Es de conocimiento público que la principal medida para detener la propagación del virus ha sido el distanciamiento físico. Ante ello, desde que se encendieron las alarmas en marzo de 2020 por el primer caso de coronavirus en Chile, la autoridad laboral instó a las empresas a implementar modalidades de trabajo a distancia y teletrabajo, evitando con ello el riesgo de contagio en los centros laborales. Asimismo, recomendó la implementación de sistemas más flexibles de jornada y rotación de turnos, de manera que no existiera una alta concentración de trabajadores en los lugares de trabajo, así como el otorgamiento de vacaciones adelantadas, decretar feriado colectivo o permisos sin goce de remuneración, entre otras medidas.³⁷

En ese escenario, el teletrabajo irrumpe con gran fuerza y es por ello que la primera acción del gobierno, ante el impacto de la crisis sanitaria

35 El inciso 3° del artículo 44 del Código del Trabajo señala que “el monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual”. A su vez, el artículo 42 letra a) del mismo cuerpo legal conceptualiza al sueldo o sueldo base como “el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagados en períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo (...)”. Posteriormente, se vuelve a recalcar que “El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual”.

36 De esta manera, la cruda realidad chilena es que el piso mínimo salarial fijado por ley no permite sacar a un grupo familiar de la pobreza. A marzo de 2020, la línea de la pobreza para un hogar de 4 personas es de \$450.165.

37 La Dirección del Trabajo comienza a emitir recomendaciones a las empresas para que adopten todas aquellas medidas que resulten necesarias para resguardar la vida y salud de los trabajadores, ello en base a una obligación legal que convierte al empleador en garante de la vida y salud de sus dependientes (artículo 184 del Código del Trabajo). Entre otros, Dictamen 1239/005 del 19 de marzo de 2020.

en las relaciones laborales, fue poner suma urgencia a un proyecto de ley sobre trabajo a distancia y teletrabajo que se debatía con anterioridad en el Congreso.³⁸ Así nace la Ley 21.220, una ley express, publicada con premura el 26 de marzo de 2020, y que no contó con el acuerdo de las organizaciones sindicales.³⁹

Ante la emergencia sanitaria que vivimos no cabe duda que el teletrabajo ha permitido a un grupo selecto de trabajadores mantener sus fuentes laborales e ingresos intactos. Sin embargo, la gran mayoría, dada la naturaleza de sus funciones, no puede optar a esta modalidad alternativa de prestación de los servicios, viéndose obligada a concurrir a sus centros laborales no obstante el riesgo que ello pudiera generar para su vida y salud. Ahora, en el evento de que se haya decretado la suspensión de la relación de trabajo (por acto de autoridad o vía pacto), estas personas vieron mermados sus ingresos, ya que tal medida implicó la exoneración del empleador del pago de la remuneración de sus trabajadores, que fue cubierta parcialmente a través del seguro de cesantía. De esta manera, el Covid-19 nos ha mostrado la profunda desigualdad existente en el mundo del trabajo, ya que no todos los trabajadores pueden acceder al teletrabajo, especialmente los más vulnerables que mayoritariamente realizan labores manuales que son incompatibles con el trabajo digital.

En esta misma línea, debemos señalar que la experiencia del trabajo a distancia y teletrabajo no ha sido tan romántica como lo esperaba el gobierno. En el mensaje del Ejecutivo con que se iniciaba la tramitación legislativa, se auguraba una mayor libertad y adaptabilidad para trabajar; una mayor conciliación entre vida laboral, familiar y personal y, en definitiva, un mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores. Sin embargo, la realidad ha sido muy distante de esos buenos presagios.

El teletrabajo ha implicado jornadas laborales más extensas,⁴⁰ no solo porque los trabajadores se han visto en la necesidad de ajustar

38 Se trataba de un proyecto de ley sobre trabajo a distancia, que fue ingresado por el Ejecutivo el 10 de agosto de 2018, bajo el eslogan de que permitiría compatibilizar mejor el mundo del trabajo con el de la familia. Su tramitación estuvo detenida desde noviembre de 2018 y solo se reactivó a raíz de la emergencia sanitaria en marzo de 2020. Boletín12008-13.

39 Desde la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), afloraron las críticas a la Ley 21.220, en especial, porque atenta contra la jornada laboral ordinaria al establecer dentro de las alternativas de jornada una que se extiende a 12 horas diarias, sin reconocimiento de horas extraordinarias. Cut.cl: COVID 19: "CUT califica como 'errática' nueva ley que regula el teletrabajo y denuncia que atenta contra la jornada laboral ordinaria", 25 de marzo de 2020.

40 Un estudio realizado por Critería Research al segmento BC1 (profesionales con buenas rentas), devela el exceso de horas de trabajo y la hiperconexión: los trabajadores deben estar conectados a sus correos, WhatsApp, teams, teléfono, etc. Reciben llamados en las noches, a la hora de almuerzo, los fines de semana y, ante el miedo a perder el trabajo, responden y tratan de cumplir con todas las órdenes y expectativas de sus jefes. *Rh management.cl*: "El teletrabajo en Chile: 'una bomba de tiempo'", 2 de junio de 2020.

los horarios de trabajo con la realidad y dinámica familiar, sino que, además, porque ha sido el propio legislador el que permitió que las partes, a través de un supuesto acuerdo,⁴¹ eximieran a los trabajadores del límite legal de la jornada laboral (las 45 horas). De esta manera se consagra una de las jornadas laborales más extensas (12 horas diarias), con un derecho a desconexión de 12 horas, que será simplemente letra muerta de no existir mecanismos de fiscalización idóneos y adecuados.

Por otro lado, el teletrabajo no ha logrado una mejor y mayor conciliación del trabajo con la vida familiar y personal. Al contrario, diversos estudios ponen en evidencia que el teletrabajo aumenta la interferencia en la vida personal y, en particular, en la vida familiar.⁴² Al trabajar desde casa se hace muy difícil separar el trabajo de la familia, por lo que las obligaciones laborales tienden a invadir todas las esferas de la vida, y la persona termina trabajando desde cualquier lugar y en todo momento, sin poder desconectarse.

Esta interferencia y la dificultad de separar y poner fronteras entre las obligaciones laborales y familiares produce, además, un efecto perverso en la igualdad de género, ya que cuando la mujer trabaja desde casa se asume, en muchos casos, que será ella quien deberá realizar las tareas domésticas y de cuidado.⁴³ A inicios de la pandemia, una encuesta realizada por CADEM y la Mutual de Seguridad, mostró que las mujeres se han visto más afectadas con la sobrecarga laboral a la hora de teletrabajar (un 46% más de carga laboral), especialmente porque las tareas del hogar y de cuidado recaen mayoritariamente en ellas.⁴⁴

Si bien en el contexto pandémico que vivimos el teletrabajo tiene una importante valoración –tanto porque ha permitido a un grupo de trabajadores y trabajadoras mantener sus fuentes de ingresos, como proteger y cuidar a sus familias en esta emergencia sanitaria–, lo cierto es que la irrupción de esta modalidad alternativa de prestación de los servicios, desde la perspectiva de las trabajadoras, es visto más bien como algo transitorio. Un estudio desarrollado por la Universidad del Bío-Bío revela que casi el 70% de las mujeres prefiere trabajar en un espacio diferente a su casa, principalmente porque con el teletrabajo los

41 Todo aquel que ha trabajado asalariadamente, incluidos los profesionales, saben que hablar de acuerdos en el ámbito individual es una falacia. Más que acuerdo, lo que ocurrirá es que el empleador en la cláusula correspondiente del contrato o anexo de contrato de trabajo establecerá por mutuo propio que el teletrabajador estará excluido del límite legal de jornada laboral. En otros términos, más que acuerdo será una imposición empresarial.

42 Ciperchile.cl: “La promesa engañosa de la ley de teletrabajo”, 17 de abril de 2020.

43 DiarioUchile.cl: “Maternidad, trabajo doméstico y teletrabajo: la triple jornada laboral de miles de mujeres en la pandemia”, 2 de mayo de 2020.

44 El Mostrador.cl: “46% más de carga laboral con teletrabajo: 92% de las mujeres debe cocinar y limpiar mientras teletrabaja”, 20 de abril de 2020.

límites entre el trabajo remunerado y el del hogar se diluyen, lo que ha derivado en una sobrecarga laboral importante, aumentando con ello los niveles de estrés. En ese sentido, concluye el estudio, el teletrabajo es más valorado por personas que viven solas, sin hijos y no tienen a nadie bajo su cuidado.⁴⁵

A medida que el número de contagios fue ascendiendo, el gobierno fue extremando las medidas restrictivas. Primero se establecieron cuarentenas dinámicas y, luego, dado el aumento de muertes y contagiados, cuarentenas totales. Previo a ello, y adelantándose al probable escenario de paralización de parte importante de la actividad empresarial, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen 1283/006, del 26 de marzo de 2020, fuertemente criticado por especialistas y organizaciones sindicales,⁴⁶ toda vez que concluyó que los actos de autoridad que dispusiesen medidas de cuarentena obligatoria, cordones sanitarios o toques de queda, constituyen para el empleador una situación de fuerza mayor que lo exonera de la obligación de remunerar a sus trabajadores. En otros términos, si el empleador se ve obligado a decretar el cierre por declararse cuarentena en el territorio donde opera su centro de trabajo, estaría amparado por la eximente de responsabilidad que establece el Dictamen, quedando liberado de una de las obligaciones esenciales que emanan del contrato de trabajo: el pago de la remuneración.

Luego del polémico pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, que dejó en el total abandono a los trabajadores que no pueden realizar su labor a través de medios telemáticos, el gobierno publicó la Ley 21.227, de abril de 2020, denominada por el Ejecutivo como “Ley de protección al empleo”, que facultó el acceso a prestaciones del seguro de desempleo, de la Ley 19.728, en circunstancias excepcionales. De esta manera, ante la ausencia de la remuneración, la solución político-legislativa ha sido la de hacer uso excepcional del seguro de cesantía⁴⁷ que, no olvidemos, es de financiamiento tripartito (trabajadores, empleadores y Estado),⁴⁸ pagándose las remuneraciones de los trabajado-

45 Universidad del Bío-Bío: “Estudio UBB revela que mujeres valoran el teletrabajo sólo en situaciones excepcionales”, 27 de abril de 2020.

46 El Mostrador.cl: “Dirección del Trabajo deja en el aire a quienes no puedan trabajar por cuarentena y desata lluvia de críticas”, 26 de marzo 2020.

47 El empleador únicamente queda obligado al pago de las cotizaciones de seguridad social, salvo la de accidentes del trabajo, las que se calcularán en base al 50% de la remuneración.

48 El financiamiento del seguro de cesantía es tripartito: aporte de los trabajadores con contrato indefinido (0,6%), aporte del empleador (2,4%) y aporte del Estado que va al Fondo de Cesantía Solidario y que anualmente equivale a 225.792 unidades tributarias mensuales. Del aporte del empleador, un 1,6% se abona a la cuenta individual del trabajador y el 0,8% restante ingresa al Fondo de Cesantía Solidario. Los trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra o faena no tienen que hacer aportes y, en ese caso, la cotización del empleador es del 3%.

res, primeramente, con cargo a su cuenta individual de cesantía y, solo si los fondos son insuficientes, a cargo del fondo de cesantía solidario.⁴⁹

Las críticas a la ley son innumerables y las resumimos a continuación. La ley no es de acceso universal, ya que solo acceden a ella los trabajadores/as del sector privado afiliados/as al seguro, excluyéndose, por tanto, a quienes no se encuentran afiliados/as⁵⁰ o no tienen el mínimo de cotizaciones para acceder a las prestaciones,⁵¹ además de los pensionados y trabajadoras de casa particular.⁵² Tampoco se distinguió entre el tamaño de las empresas y el tipo de empleador,⁵³ ni se limitó

49 La Ley 21.227 regula 3 situaciones diversas. Primero, la suspensión temporal de la relación de trabajo por acto de autoridad, la que opera de pleno derecho; segundo, la suspensión temporal de la relación laboral vía pacto, es decir, por medio de un acuerdo, el que es viable únicamente si la actividad empresarial se ve total o parcialmente afectada y, tercero, los pactos de reducción temporal de la jornada de trabajo.

50 Recordemos que solo los trabajadores contratados con posterioridad al 2 de octubre de 2002 se incorporaron de forma automática al seguro de cesantía. Los que ya tenían contratos vigentes debían afiliarse voluntariamente (incisos 1° y 2° del artículo 2 de la Ley 19.728).

51 El número de cotizaciones exigidas por la ley es de tres cotizaciones continuas con el mismo empleador en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad, sumándose otro grupo de excluidos a los ya mencionados.

52 El inciso 3° del artículo 2 de la Ley 19.728 excluye del ámbito de aplicación del seguro a las trabajadoras de casa particular, los sujetos a contrato de aprendizaje, los menores de 18 años de edad hasta que los cumplan y los pensionados, salvo que la pensión se hubiere otorgado por invalidez parcial.

Respecto a las trabajadoras de casa particular, la ley solo les permitió hacer retiro de los fondos ahorrados en la cuenta de indemnización a todo evento que administran las AFP, en porcentajes similares a las del pago del seguro, el primer mes un 70%, el segundo un 55%, el tercero un 45%, el cuarto un 40% y el quinto mes un 35%. Frente a ello, las organizaciones sindicales del sector sostuvieron que se trataba de una solución insuficiente, que no contemplaba un pilar solidario, el que resulta esencial si se consideran los bajos sueldos que se pagan y los altos índices de informalidad. Biobiochile.cl: "Sin Fondo Solidario de Cesantía: la compleja situación de las asesoras del hogar en la pandemia", 20 de abril de 2020.

Tras las presiones realizadas por las organizaciones sindicales del sector, el 21 de septiembre de 2020, se publica la Ley 21.269 que incorpora a las trabajadoras de casa particular al seguro de cesantía. Sin embargo, la letra chica de la ley altera la histórica indemnización a todo evento que mensualmente debía ser pagada por el empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual. Ahora, ese porcentaje no va de forma íntegra al financiamiento de dicha indemnización, desglosándose de la siguiente manera: un 2,2% para la cuenta individual de cesantía; un 0,8% al fondo de cesantía solidario y un 1,1% a la indemnización a todo evento. En otras palabras, la incorporación de estas trabajadoras al seguro de cesantía se hace a costa de la indemnización a todo evento, perpetuándose de este modo las diferencias en relación a los demás trabajadores.

53 En su formulación original la ley no distinguió entre el tamaño de las empresas, aplicándose a todas por igual, generándose con ello graves escándalos al poco tiempo de rodaje de la ley, ya que grandes empresas se acogieron a la misma, entre ellas, Burger King, Chili's, PF Chang's, Starbucks y H&M. DiarioUchile.cl: "Quieren pasar como pymes: grandes empresas suspenden a trabajadores, aferrándose a nueva ley", 15 de abril de 2020.

el reparto de utilidades a quienes se acogiesen a la ley.⁵⁴ Asimismo, no garantizó que durante el tiempo de suspensión de la relación laboral se siga percibiendo la misma remuneración convenida en el contrato o al menos un porcentaje cercano de forma constante, puesto que, aplicando las reglas de pago del seguro de cesantía, solo se cancelará un porcentaje de esa remuneración el que, además, irá disminuyendo progresivamente durante el tiempo que se extiende la cobertura del seguro (70% el primer mes, 55% el segundo, 45% el tercero, 40% el cuarto, 35% el quinto y, posteriormente, el 30%). Además, se desvía de su finalidad –que es proteger a los/as trabajadores/as frente a la cesantía–, sin establecer medidas de mitigación, entre otras deficiencias de la ley.

Luego, para corregir los principales defectos de la denominada ley de protección del empleo, con fecha 1 de junio de 2020 se publicó la Ley 21.232.⁵⁵ Las principales modificaciones que se introdujeron fueron las siguientes: incorporación relativa de las trabajadoras de casa particular;⁵⁶ prohibición de la aplicación de la ley a las trabajadoras con fuero maternal; aumento del porcentaje de pago de cotizaciones previsionales durante la suspensión de la relación laboral; se consagró una presunción en relación a cuándo se entenderá afectada parcialmente la actividad del empleador a efectos de la suspensión convencional de la relación laboral;⁵⁷ se limitó la posibilidad de poner término a los

54 Grandes empresas constructoras –Ingevec, Salfacorp, Besalco, Socovesa y Tecno Fast–, no obstante suspender los contratos de trabajo de sus trabajadores, distribuyeron dividendos entre sus accionistas, justo antes de que entrara en vigencia la ley que lo prohibía. Ciperchile.cl: “Cinco grandes constructoras reparten utilidades, aunque se beneficiaron con la suspensión de contratos de sus trabajadores”, 2 de junio de 2020.

55 Una cuestión a destacar es que la ley culminó su trámite parlamentario el 6 de mayo de 2020 y recién fue publicada el 1 de junio. Esta demora del gobierno no fue casual, ya que durante esa ventana de tiempo grandes empresas que tienen a sus trabajadores con sus contratos de trabajo suspendidos repartieron utilidades, amparados por el dictamen emitido por la Comisión para el Mercado Financiero, donde señalan que la prohibición legal establecida en la Ley 21.232 no recibe aplicación respecto de los acuerdos sobre reparto de dividendos acordados por la respectiva junta de accionistas antes de la publicación de la ley. Dictamen N° 22.260 del 28 de mayo de 2020.

56 Se trata de una incorporación relativa, ya que lo que hace la denominada “ley corta” es permitir a las trabajadoras de casa particular suscribir el pacto de suspensión temporal del contrato de trabajo, señalando únicamente que el empleador seguirá obligado al pago de las cotizaciones de seguridad social, incluida la indemnización a todo evento del 4,11%. Sin embargo, recordemos que dichas trabajadoras están excluidas del seguro de cesantía (no son cotizantes), por lo que la suspensión las deja en la misma situación de precariedad. Es por ello que desde el Sindicato de Trabajadoras de Casa Particular se ha solicitado al gobierno el diseño de políticas públicas de protección social efectivas para el sector, considerando los altos índices de informalidad y que no son cotizantes del seguro de cesantía. El Mostrador.cl: “#Cuida a quien te cuida: la compleja situación que enfrentan las trabajadoras de casa particular en tiempos de pandemia”, 19 de junio de 2020.

57 La ley presume que la actividad del empleador está afectada parcialmente, cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior.

contratos de trabajo de quienes se hayan acogido a la Ley 21.227,⁵⁸ se consagró la prohibición de repartir dividendos para las empresas organizadas como sociedades anónimas que se acojan a la Ley 21.227, así como la restricción de honorarios y dietas de sus directores,⁵⁹ y se estableció la prohibición de acogerse a la ley a aquellas empresas que mantengan capitales o empresas relacionadas en territorios o jurisdicciones con régimen fiscal preferencial (los denominados paraísos fiscales).

Como el trabajo es la principal fuente de ingresos de las personas,⁶⁰ pese al temor que ha generado esta enfermedad en la población, miles de trabajadores y trabajadoras han seguido desplazándose (en un colapsado sistema de transporte público) para acudir a sus lugares de trabajo y cumplir sus funciones.⁶¹ Asimismo, trabajadores informales que realizan trabajos de subsistencia y que viven del día a día, se ven en la obligación de seguir saliendo a las calles a buscar el pan,⁶² ya que si bien el gobierno ha entregado bonos, canastas y subsidios, estos beneficios han llegado tarde y han sido insuficientes.

En efecto, siguiendo con el hilo de la legislación laboral de emergencia, se han dictado leyes para ir en ayuda de los trabajadores informales especialmente afectados por la pandemia. La primera fue la Ley 21.225, que estableció medidas para apoyar a las familias y a las micro, pequeñas y medianas empresas, a través del otorgamiento del denominado bono Covid-19. Atendido que era un bono único de bajo monto

58 La ley consagró que no se podrá poner término a la relación laboral por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo (necesidades de la empresa) a los trabajadores afectos a los beneficios de la ley. En su formulación inicial (Ley 21.227), existía solo la prohibición general de invocar la causal de despido por caso fortuito o fuerza mayor por un lapso de 6 meses o por el tiempo que se extienda el estado de catástrofe.

59 La ley estableció que el honorario o dieta de los directores no puede ser superior a los porcentajes correspondientes al seguro de cesantía, durante el período de la suspensión.

60 De acuerdo con los datos proporcionados por la Encuesta de Presupuestos Familiares del INE, el 85% de los ingresos de los hogares provienen del trabajo (julio 2016-junio 2017). Disponible en: <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/ingresos-y-gastos/encuesta-de-presupuestos-familiares>

61 En relación a la Región Metropolitana, una encuesta realizada por IPSOS y Espacio Público reveló que un 59% de los consultados aseguraron que uno o más de los integrantes de su hogar debieron salir a trabajar en la última semana. Biobiochile.cl: "Encuesta: un 59% de los capitalinos tiene en su hogar a alguien que salió a trabajar en cuarentena", 23 de junio de 2020.

62 Para muchos trabajadores se ha hecho difícil o imposible cumplir las medidas de cuarentena. Ya lo adelantaba Kremerman cuando indicaba que un primer grupo vulnerable está conformado por el 38,9% de la fuerza ocupada (3.600.000 personas), pero que no tienen protección mínima adecuada, es decir, un contrato de trabajo, sea porque se trata de independientes que trabajan en condiciones precarias o falsos independientes que no tienen contrato de trabajo (trabajadores dependientes encubiertos). Luego, vienen los trabajadores que reciben bajos salarios, grupo inmensamente mayoritario ya que el 50% de los trabajadores gana menos de \$400.000 líquidos y el 70% gana menos de \$550.000 líquidos, montos muy exigüos si se considera el costo de la vida en nuestro país. Ciperchile.cl: "¿Aguanta usted una cuarentena? Radiografía económica del hogar chileno que se enfrenta al Covid-19", 17 de marzo de 2020.

(\$50.000 por carga),⁶³ posteriormente, con fecha 16 de junio de 2020, se publica la Ley 21.230 que estableció el ingreso familiar de emergencia, ayuda económica destinada a las familias que reciben ingresos informales, el que posteriormente fue modificado para extender y aumentar su monto por medio de la Ley 21.243, del 23 de junio de 2020.

Todos estos apoyos no se han ajustado al costo de la vida de la realidad chilena, su focalización ha sido muy limitada y han sido previstos para un inmediato o corto plazo: \$65.000 por persona el primer mes, por concepto de ingreso familiar de emergencia, y \$100.000 el segundo y tercer mes;⁶⁴ \$50.000 por beneficiario (Bono Covid-19) y \$30.000 por concepto de las canastas familiares entregadas con muchos traspiés por una sola vez. Estos montos ni siquiera alcanzan la referencia mínima que es fijada por el propio Estado, procurando que nadie esté por debajo de la línea de la pobreza, la que está cifrada en \$451.750 para una familia promedio de 4 personas.⁶⁵

Incluso en las comunas donde se ha decretado cuarentena obligatoria, ciertas empresas, haciendo uso de giros falsos para simular ser un servicio esencial, continuaron funcionando y obligando a los trabajadores a concurrir a sus puestos de trabajo.⁶⁶ Mientras tanto, otras empresas mantuvieron encerrados a trabajadores pertenecientes a comunas con cuarentena para seguir funcionando,⁶⁷ pese a las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria para evitar la propagación del

63 Se trata de un bono único, de valor insuficiente y que a juicio de Kremerman, investigador de la Fundación Sol, solo cubre al 15% de la población más vulnerable. The Clinic.cl: "Cuarentena en familias vulnerables: cuando la pura voluntad no basta", 4 de mayo de 2020.

64 A juicio de Kremerman, se trata de un monto focalizado que no alcanza a cubrir ni siquiera la línea de la pobreza. The Clinic.cl: "Cuarentena en familias vulnerables: cuando la pura voluntad no basta", 4 de mayo de 2020.

65 Es por ello que desde diversas organizaciones se ha impulsado la necesidad de establecer una renta básica de emergencia, dirigida a la sustitución de ingresos por el tiempo que dure la crisis y que al menos cumpla dos principios fundamentales: la universalidad y la suficiencia. Fundación Sol.cl: "¿Qué principios deben cumplir las políticas que hagan frente a esta crisis?".

66 A pesar de haberse decretado la medida de cuarentena en la Región Metropolitana, las cifras de movilidad siguieron siendo altas, entre otras razones, porque muchas familias se han visto en la necesidad de romper la cuarentena ya que viven del trabajo diario y porque empresas simulando giros falsos han solicitado permisos de trabajo, contraviniendo no solo la cuarentena, sino que el deber de protección de la vida y salud de sus trabajadores. Ciperchile.cl: "Cambios de giro y rubros inexistentes: la lista de empresas que han solicitado más de un millón de permisos de trabajo en Santiago", 11 de julio de 2020.

67 Nos referimos al escandaloso caso de la empresa Falabella que mantenía escondidos en las bodegas de la tienda de la sucursal del Parque Arauco a 21 trabajadores que viven en comunas con cuarentena y, también, al inhumano episodio, que fue registrado, donde el conocido empresario Emeterio Ureta transportaba a un trabajador en la maleta de su auto. El desconcierto.cl: "Parque Arauco: Abren sumario sanitario contra Falabella tras encontrar 21 empleados de comunas en cuarentena trabajando" y "Para no pegarnos la cuestión: sorprenden a Emeterio Ureta transportando a trabajador en la maleta de un auto", 4 de agosto de 2020. A la fecha del presente Informe se han abierto sumarios sanitarios, contra estas y otras empresas, que están aún en tramitación.

virus. También hubo empresas que adulteraron anexos de contratos de trabajo para modificar domicilios de los trabajadores.⁶⁸ Todo lo anterior mostró una de las peores caras de la cultura empresarial chilena y es una clara evidencia de la desprotección en la que se encuentran los trabajadores, tanto desde la perspectiva estatal, con una institucionalidad laboral que no es capaz de fiscalizar para detener estos abusos, como desde la perspectiva colectiva, con sindicatos ausentes o que no tienen el poder suficiente para frenar estas situaciones.

Las empresas que utilizando algún subterfugio han obligado a sus trabajadores y trabajadoras a concurrir a sus lugares de trabajo, no obstante el riesgo que ello implica para su vida y salud, han desnudado otra arista de esta pandemia: la crisis de los cuidados. Si los colegios, jardines infantiles y salas cunas se encuentran cerrados y las posibilidades de recurrir a redes de apoyo familiares están limitadas por la cuarentena, ¿cómo enfrentan esta realidad los trabajadores y trabajadoras con hijos e hijas a su cuidado? Para la empresa Fruna la solución fue recurrir a una sala cuna que, dada la cuarentena existente, funcionaba de forma irregular. Las trabajadoras, ante el miedo de perder sus trabajos, no tuvieron más opción que dejar a sus hijos e hijas en la sala cuna clandestina dispuesta por la empresa, la que ni siquiera respetaba el derecho de alimentación consagrado en la legislación laboral. Otras, en tanto, por miedo a exponer a sus hijos, renunciaron, sin tener derecho a indemnización por años de servicio.⁶⁹ El gobierno no previó medida alguna para los padres y madres con responsabilidades familiares. Solo de forma muy tardía y ante la presión ejercida por la ciudadanía y parlamentarios de oposición, en plena tramitación del proyecto de postnatal de emergencia,⁷⁰ el gobierno, el 27 de julio de 2020, publica la Ley de Crianza Protegida (Ley 21.247), que establece beneficios a los padres o madres que están haciendo uso del permiso postnatal parental o que tengan el cuidado personal de niños o niñas nacidos a contar del año 2013. Los beneficios que establece la ley consisten, por un lado, en

68 El Desconcierto.cl: "Clausuran tienda H&M en mall de Vitacura: encuentran anexos de contrato adulterados a mano para modificar domicilios de trabajadores", 5 de agosto de 2020.

69 El Desconcierto.cl: "Sindicato de Fruna denuncia contagio masivo de trabajadores: dirigentes enviaron carta a la empresa pidiendo tomar medidas en mayo", 27 de junio de 2020.

70 Para el gobierno se trataba de un proyecto inconstitucional e insuficiente, ya que no se hacía cargo de todos los padres y madres con hijos/as bajo su cuidado durante la pandemia. El Mostrador.cl: "Ministra Zaldívar explica rechazo del Gobierno a proyecto de postnatal de emergencia: 'No soluciona el verdadero problema que tenemos'", 11 de junio 2020. Sin embargo, la respuesta del gobierno fue otorgar a dichos trabajadores la posibilidad de acogerse a la ley de protección al empleo, esto es, suspender sus contratos de trabajo a costa de recibir menores ingresos a cuenta de su seguro de cesantía. El Mostrador.cl: "Gobierno bloquea proyecto parlamentario de postnatal de emergencia: oposición acusa que busca homologar un 'derecho social' con una situación de cesantía", 24 de junio de 2020.

una licencia médica preventiva parental de hasta 90 días, que se establece en favor de los trabajadores que se encuentren haciendo uso del permiso postnatal parental y cuyo término ocurra durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe.⁷¹ Por otro lado, se contempla una extensión del fuero maternal por el período que haya durado la licencia preventiva parental. Finalmente, la ley establece que mientras permanezca suspendido el funcionamiento de establecimientos educacionales, jardines infantiles y salas cunas, los trabajadores afiliados al seguro de cesantía que tengan el cuidado personal de uno o más niños o niñas nacidos a partir de 2013, tendrán derecho a suspender los efectos del contrato de trabajo por motivos de cuidado, en los términos establecidos en la ley de protección al empleo. Caben aquí, entonces, todas las críticas que hemos formulado a la ley de protección al empleo que, más que una protección a los trabajadores, persigue que sean estos quienes asuman los costos de la crisis, debiendo aceptar que sus sueldos sean disminuidos y pagados a cuenta de sus ahorros para cesantía. Por otro lado, las tareas asociadas al cuidado, no solo están referidas a los niños más pequeños, sino que en general a hijos e hijas de todas las edades, enfermos y personas mayores. Estas tareas, por lo demás, siguen recayendo mayoritariamente en las mujeres, generándose con ello una sobrecarga laboral y una importante barrera para que aquellas que han perdido su trabajo a causa de la pandemia puedan reinsertarse laboralmente.⁷²

Ante medidas insuficientes, como era de esperar, comenzaron las protestas por hambre, primero en la comuna de El Bosque (Región Metropolitana), bajo la consigna “estamos pasando hambre” y, posteriormente, en otras comunas y regiones.⁷³ En ese contexto, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) demanda al gobierno medidas más efectivas, tales como renta básica de emergencia, impuesto permanente a los súper ricos, medidas de protección a la clase trabajadora y a las pymes, entre otras.⁷⁴

En razón de lo anterior, en un convulsionado escenario político, el Parlamento aprueba el retiro del 10% de los fondos de pensiones (Ley 21.248 del 30 de julio de 2020) y el gobierno impulsa un proyecto en apoyo de la denominada clase media que, finalmente, también termina por convertirse en ley (Ley 21.252 del 1 de agosto de 2020).

71 La licencia se extiende por un período de 30 días, pudiendo renovarse por un máximo de dos veces, por la misma duración y siempre que se mantenga vigente el estado de excepción constitucional.

72 Comunidad Mujer.cl: “El cuarto pilar: el cuidado”, 11 de septiembre de 2020.

73 El Mostrador.cl: “Vuelven los cacerolazos: improvisación del Gobierno para enfrentar ‘la pandemia del hambre’ reaviva las protestas en plena crisis sanitaria”, 18 de mayo 2020.

74 CUT.cl: “El pueblo chileno reclama por el hambre y el gobierno le envía represión”, 9 de junio de 2020.

A la fecha de cierre del presente *Informe*, las mencionadas anteriormente han sido las últimas medidas legislativas en apoyo a los trabajadores, formales e informales, que se han visto afectados por la pandemia. Muchas de ellas fueron respuestas tardías y otras terminaron por convertirse en ley –como fue el caso del proyecto de retiro del 10% de los fondos de pensiones– producto de las presiones ciudadanas y de la insuficiencia de las medidas implementadas hasta ese momento por el gobierno.

Ahora, no obstante las medidas adoptadas, el escenario laboral no es muy alentador. De acuerdo con los datos proporcionados por la última ficha estadística semanal entregada por la Superintendencia de Pensiones,⁷⁵ un total de 114.698 empresas han ingresado solicitudes de suspensión de contrato de trabajo. De dichas solicitudes, 43.492 han sido por acto de autoridad y 82.901 por pacto de suspensión del contrato de trabajo. Asimismo, 7.743 empresas han solicitado la reducción de la jornada laboral. Se puede apreciar que del total de solicitudes, el pacto es la vía más utilizada por las empresas cuando quieren lograr la suspensión de los contratos de sus trabajadores. Respecto a los procedimientos utilizados por algunas empresas, se han conocido diversas denuncias de organizaciones sindicales por eventuales hostigamientos a los trabajadores para acceder a los acuerdos de suspensión laboral.⁷⁶

Las solicitudes de suspensión ingresadas por las empresas (114.698) representan a un total de 799.470 trabajadores. Al 2 de agosto, los trabajadores con solicitudes aprobadas son 706.795.⁷⁷ De ellos, un 27,6%

75 Disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-14050_recurso_1.pdf

76 Entre otras denuncias, podemos dar cuenta de la realizada por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa H&M, que acusa a la empresa de no haber respetado las exigencias de la ley de protección al empleo y de hostigamiento a los trabajadores para acceder a los acuerdos de suspensión laboral. *Diario Financiero*: “Sindicato de trabajadores de H&M lleva a la firma a la justicia por ley de protección del empleo”, 30 de abril de 2020. Una situación similar ocurrió en la empresa Ripley, donde la Federación de Sindicatos recurrió a los Juzgados de Letras del Trabajo para denunciar actos de discriminación y hostigamiento durante la firma de los acuerdos de suspensión de los contratos de trabajo, llegando incluso a ofrecer a los trabajadores un bono marzo de \$150.000 con tal que se adhirieran a la suspensión. *Fesuc.cl*: “Federación de Sindicatos de Ripley presentó demanda contra la empresa por hostigamiento y discriminación”, 13 de mayo de 2020. De la misma manera, el Sindicato de Trabajadores de la multinacional Starbucks, presentó una denuncia ante los Tribunales del Trabajo con el objeto de que se declare la ilegalidad de la suspensión ejercida unilateralmente por la empresa. *Biobiochile.cl*: “Sindicato de Starbucks presentó demanda contra la empresa por suspensión de contrato laboral”, 15 de mayo de 2020.

Si han existido hostigamientos para obtener la firma de los trabajadores y lograr suspender los contratos de trabajo en empresas donde existe sindicato, es altamente probable que un porcentaje importante de las solicitudes de suspensión vía pacto ingresadas por las empresas adolezcan de este vicio, quedando la mayoría de los trabajadores en la total indefensión y anonimato al no contar con sindicatos que representen y defiendan sus intereses.

77 De ese total, 344.804 trabajadores han sido suspendidos por acto de autoridad y un total de 372.267 vía pacto.

pertenece a la micro empresa, esto es, 194.986 trabajadores;⁷⁸ un 26,4% a la pequeña empresa, esto es, 186.470 trabajadores;⁷⁹ un 15,7% a la mediana empresa, esto es, 111.115 trabajadores⁸⁰ y un 30,3% a la gran empresa, esto es, 214.134 trabajadores.⁸¹ Como la ley de protección al empleo aplica a todas las empresas por igual, podemos apreciar que un importante porcentaje de trabajadores involucrados en las solicitudes de suspensión aprobadas pertenecen a la mediana y gran empresa (46%), cuestión que vuelve a poner en tela de juicio la supuesta finalidad de la ley, en cuanto a proteger prioritariamente a los trabajadores y no a los empresarios.⁸²

Otra arista importante de la ley de protección al empleo dice relación con los montos que están percibiendo los trabajadores en reemplazo de los ingresos provenientes de su trabajo. Como dijimos, el pago a cuenta del seguro de cesantía no les garantiza el monto total de sus remuneraciones, tanto por los porcentajes y topes que establece la ley, como por los bajos montos que ingresan al seguro por concepto de cotización. De acuerdo a los datos proporcionados por la Superintendencia de Pensiones, al 2 de agosto se han realizado un total de 5 pagos por suspensión de contrato respecto de trabajadores con contrato a plazo indefinido. En el primer pago, fueron beneficiados 82.205 trabajadores, con un monto promedio de \$440.378. En el segundo pago, fueron beneficiados 111.478 trabajadores, registrando un monto promedio de \$323.848. En el tercer pago fueron beneficiados 287.272 trabajadores, con un ingreso promedio de \$267.703. En el cuarto pago fueron beneficiados 79.034 trabajadores, con un ingreso promedio de \$220.633. Finalmente, en el quinto pago, fueron beneficiados 118 trabajadores, con un monto promedio de \$189.007.

En relación a los trabajadores con contrato a plazo fijo se han realizado tres pagos. En el primero de ellos fueron beneficiados 27.342 trabajadores, con un monto promedio de \$285.616. En el segundo fueron beneficiados 35.293 trabajadores, obteniendo un monto promedio de \$215.646. En el tercer y último pago han sido beneficiados 38.780 trabajadores, con un monto promedio de \$204.765.

No cabe duda que se trata de montos insuficientes que dan cuenta

78 De ese total, 69.330 trabajadores han sido suspendidos por acto de autoridad y 127.622 vía pacto.

79 De ese total, 94.268 trabajadores han sido suspendidos por acto de autoridad y 94.925 vía pacto.

80 De ese total, 66.723 trabajadores han sido suspendidos por acto de autoridad, en tanto que 46.905 lo han sido vía pacto.

81 De ese total, 114.454 trabajadores han sido suspendidos por acto de autoridad, en tanto que 102.753 lo han sido vía pacto.

82 Una situación similar se ha dado en relación a los pactos de reducción de jornada laboral. El total de trabajadores involucrados y cuyas solicitudes fueron aprobadas es de 40.950. De ellos, un 42,1% pertenece a la mediana y gran empresa, lo que representa a un total de 17.222 trabajadores.

de las precarias condiciones en que miles de trabajadores han debido enfrentar esta emergencia que aún no termina y que ha golpeado con inusitada crudeza al mundo laboral.

Junto a la realidad de los trabajadores que han sido suspendidos, sea por acto de autoridad o vía pacto, se suma la de los trabajadores que han sido despedidos. Los datos proporcionados por el Ministerio del Trabajo⁸³ nos muestran que durante el mes de marzo se despacharon un total de 299.518 cartas de despido. Las regiones que registraron mayor aumento de despidos, respecto al mismo mes del año anterior, son Magallanes (77%), Tarapacá (60%) y Coquimbo (57%). Respecto de las causales, en el 34% de los despidos se invocó la causal de vencimiento del plazo y en el 23% la causal de conclusión de la obra o servicio. También figura la causal de necesidades de las empresas con un 22%. En cuanto a la causal de caso fortuito o fuerza mayor su porcentaje fue de un 1,8%.

En el mes de abril, el total de despidos fue de 238.115.⁸⁴ Respecto de las causas invocadas podemos señalar que destacan la de necesidades de la empresa con 66.024 cartas, lo que representa un 27,73%; vencimiento de plazo con 83.265 casos, lo que representa un 34,97%. En relación a la causal de caso fortuito o fuerza mayor, el total de cartas fue de 1.812, lo que significó un aumento de 508% con respecto al mismo mes del año pasado.

Para el mes de mayo, en tanto, el total de cartas de despido fue de 159.092. Los despidos por necesidad de la empresa subieron en un 35,2% por ciento en 12 meses, llegando a 47.209 cartas en el mes de mayo, lo que representa el 29,67% del total.

En este aspecto, es preciso reiterar que el sistema chileno de terminación de la relación laboral es de libre despido encubierto, ya que a través de la aplicación de la causal de necesidades de la empresa⁸⁵ se entrega un amplio margen de libertad al empleador para poner término a la relación laboral, incluso con bajos costos, toda vez que en la eventualidad que sea demandado por el trabajador, la sanción que arriesga es baja: el recargo del 30% de la indemnización por años de servicio. Por otro lado, en Chile no existe regulación alguna del despido colectivo, lo que también da más libertad a las empresas para despedir a sus trabajadores.

El Convenio N°158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo, que aún no ha sido ratificado por Chile, establece que cuando el

83 Ministerio del Trabajo y Previsión Social, *Situación del Empleo en Chile*, marzo 2020. Disponible en: <https://www.mintrab.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Presentacio%CC%81n-tipo-PPT-OK-17.04.2020.pdf>

84 Ministerio del Trabajo y Previsión Social: "Ministra del Trabajo y Previsión Social, María José Zaldívar entregó balance de empleo: 'Ley de protección al empleo es una importante herramienta para evitar llegar a una tasa de desempleo mayor'", 15 de mayo de 2020.

85 Desde el 1 de junio la causal de necesidades de la empresa no puede ser invocada por las empresas que se han acogido a la ley de protección al empleo.

empleador pone término a la relación laboral por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, deberá proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, de forma oportuna, “la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones”. Junto con ello, deberá ofrecer a los representantes de los trabajadores interesados, “una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”. La consulta a los representantes de los trabajadores es especialmente relevante en los procesos de despido colectivo.⁸⁶

Además de este proceso de consulta, el Convenio establece que el empleador debe notificar a la autoridad competente, adjuntando la información pertinente y una constancia por escrito de los motivos que fundamentan los despidos, el número y las categorías de los trabajadores que pueden verse afectados y el período durante el cual se llevarán a cabo dichos despidos.⁸⁷ La Recomendación N°166, por su parte, explica el rol o papel que puede jugar esta notificación a la autoridad, señalando que se debería promover la colocación sin demora de los trabajadores afectados en otros empleos apropiados, lo que supone ofrecerles una formación o capacitación laboral, cuando sea procedente, todo ello con la colaboración del empleador y de los representantes de los trabajadores afectados.⁸⁸

La legislación chilena no contiene regulación de los despidos colectivos ni tampoco prevé la consulta o participación de las organizaciones sindicales cuando las empresas deben proceder a la realización de despidos por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas. Incluso, si los sindicatos desearan incluir estas materias en los procesos de negociación colectiva regulares que tienen con sus empleadores, estos las objetarían, ya que de acuerdo con el artículo 306 del Código del Trabajo, no podrán ser objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

Finalmente, es necesario señalar que una de las actividades más afectadas por los despidos ha sido la de las trabajadoras de casa particular. De acuerdo con los datos proporcionados por el Estudio Longitudinal Empleo Covid-19: datos de empleo en tiempo real del Centro de Encuestas y Estudios Longitudinales de la Universidad Católica, el trabajo de casa particular registra un descenso del 70% del empleo en los últimos

86 Artículo 13 del Convenio N° 158 de la OIT.

87 Artículo 14, párrafo 1, del Convenio N° 158 de la OIT.

88 Recomendación N°166, párrafo 25.

12 meses.⁸⁹ Respecto de los alcances de la ley de protección al empleo en este rubro, los datos de la Superintendencia de Pensiones muestran que al 2 de agosto el número total de trabajadoras/es de casa particular con solicitudes ingresadas es de 21.059 (6.613 por acto de autoridad y 14.490 por pacto). De estas, 17.671 trabajadoras se encuentran suspendidas al ser aprobadas las solicitudes (83,9%). En cuanto al promedio pagado por suspensión de contrato según número de giro los resultados son los siguientes: en el primer pago fueron beneficiadas 4.444 trabajadoras de casa particular, con un monto promedio de \$171.441. En el segundo pago fueron beneficiadas 5.819 trabajadoras de casa particular, recibiendo un monto promedio de \$109.873. En el tercer pago fueron beneficiadas 5.271 trabajadoras de casa particular, con un monto promedio de \$77.605. Finalmente, en el cuarto pago fueron beneficiadas 261 trabajadoras de casa particular, recibiendo un monto promedio de \$79.410.

Nuevamente, estamos ante montos completamente insuficientes para sobrellevar esta crisis y cumplir las medidas de aislamiento dispuestas por la autoridad. Además, se trata de dineros que pertenecen a los propios trabajadores (cuentas individuales de cesantía y cuentas individuales de pensiones), lo que lleva a concluir que han sido ellos los que principalmente han debido soportar los costos de la crisis. Las transferencias directas que ha realizado el gobierno a través del ingreso familiar de emergencia y el reciente bono de \$500.000 para la clase media, tienen estrictos requisitos de focalización y, como vimos, dado los altos costos de la vida, no son suficientes para garantizar una vida digna a las familias chilenas.

1.2 El desdibujamiento del principio de continuidad laboral: la proliferación de la contratación atípica

Como en la mayoría de los países del mundo occidental, la legislación nacional consagra los denominados contratos atípicos de trabajo, entre ellos, el contrato a plazo fijo y el contrato por obra o faena.⁹⁰

La denominación “contratos atípicos” –a diferencia del contrato tipo o contrato indefinido–, se refiere a contratos que tienen una duración determinada y no confieren al trabajador la anhelada garantía de estabilidad laboral.⁹¹ Incluso, se ha llegado a afirmar que dada la permisividad y flexibilidad de los contratos de duración determinada, en nuestro

89 *La Tercera: “¿Cuál es el futuro del trabajo doméstico? El empleo más golpeado por la crisis”*, 31 de julio de 2020.

90 Junto con estos clásicos contratos atípicos, el legislador chileno regula figuras contractuales abiertamente precarias. Una de ellas es el contrato eventual que se aplica en las faenas portuarias. Se trata de un contrato que se celebra por un número de horas –que suelen ser 7 horas y media–, y que es a la vez contrato y finiquito. No genera derechos asociados a la antigüedad, como indemnizaciones por años de servicio o feriados, por nombrar algunos (artículos 134 y siguientes del Código del Trabajo).

91 Sergio Gamonal y Caterina Guidi, *Manual del contrato de trabajo*, Thomson Reuters, 2015, p. 66.

sistema habría perdido vigencia el principio de continuidad laboral en su manifestación de preferencia por los contratos de duración indefinida.⁹²

No olvidemos que la contratación temporal conlleva condiciones laborales más precarias para los trabajadores, no solo por la inestabilidad laboral asociada –la temporalidad de sus vínculos–, sino que también por la menor exigencia en la normativa de determinados derechos laborales, tales como indemnización por despido,⁹³ derechos sindicales,⁹⁴ entre otros. Además, los trabajadores con contratos temporales tienen menos posibilidades de acceder a formación o capacitación profesional por parte de las empresas y ocupan los empleos que generalmente sufren ajustes en tiempos de crisis económica. Es por ello que, desde el rol tutelar del derecho del trabajo, el legislador debe evitar la inestabilidad o inseguridad laboral.

La inestabilidad que caracteriza a estos vínculos contractuales se opone a lo que la Organización Internacional del Trabajo denomina como *trabajo decente*, esto es, un empleo digno que respete los derechos en el trabajo, entre ellos, la estabilidad laboral. Por ello las legislaciones deben acotar esta modalidad contractual a lo estrictamente necesario.

Ahora, ¿cómo reconoce o regula nuestro legislador estos contratos temporales?

Como adelantamos, el legislador actúa con cierta permisividad y flexibilidad a la hora de regular los contratos de duración determinada, en especial, respecto del contrato a plazo fijo ya que el legislador no condicionó la utilización de este tipo de contrato a necesidades temporales o extraordinarias ni a ningún otro tipo de causal, lo que ha permitido a las empresas utilizarlo para la realización de labores permanentes.⁹⁵

92 Entre otros, Eduardo Caamaño, “Comentarios a la nueva regulación sobre los contratos por obra o faena: un paso adelante y uno atrás”, en *Revista Laboral Chilena*, 2019; Luis Lizama y José Luis Ugarte, *Interpretación y derechos fundamentales*, Editorial Conosur, 1998, pp. 123-124.

93 No se contempla pago de indemnización por despido para el caso de los trabajadores con contrato a plazo fijo. De hecho, en nuestro sistema de terminación de la relación laboral la única causal de despido que confiere el derecho a indemnización es la de necesidades de la empresa. Adicionalmente, y producto de una reforma reciente (de 2018), los trabajadores con contrato por obra o faena que hubiere estado vigente por un mes o más, gozan de una indemnización por tiempo servido, que es de baja cuantía, ya que equivale a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a 15 días (artículo 163 del Código del Trabajo).

94 En lo que a derechos sindicales se refiere, si bien el legislador, tras la reforma de 2016 (Ley 20.940), reguló el derecho a negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, se trata de una negociación vaciada de contenido, ya que los trabajadores no pueden ejercer la herramienta de presión esencial para gozar de poder negociador, esto es, el derecho de huelga. Además, tampoco cuentan con la garantía de fuero sindical (artículos 365 y siguientes del Código del Trabajo).

95 No existe en el Código del Trabajo una regulación integral y sistemática del contrato a plazo fijo. Solo a propósito de la regulación de las denominadas causales objetivas de terminación de la relación laboral, el legislador aprovecha de establecer los límites temporales a la contratación a plazo fijo y una serie de hipótesis de conversión del contrato a plazo en uno de duración indefinida (artículo 159 N°4 del Código del Trabajo).

El gran problema de la actual normativa laboral, por tanto, es que permite la contratación temporal para la realización de labores permanentes, lo que hace más sencillo a las empresas recurrir a esta modalidad de empleo atípica. La OIT ha recomendado restringir el uso del empleo atípico, con el fin de que las empresas no puedan recurrir a estas modalidades para beneficiarse de la flexibilidad que ofrecen. Con esto, explica la OIT, se evita que los empleos atípicos reemplacen innecesariamente a los empleos permanentes.⁹⁶

En cuanto al contrato por obra o faena, solo a partir de la Ley 21.122, de noviembre de 2018, se incorporaron al Código del Trabajo reglas específicas para su regulación, las que de todos modos carecen de sistematicidad ya que se encuentran dispersas al interior del Código.⁹⁷ Por primera vez, el legislador entrega una definición de contrato por obra o faena, señalando que “es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella”.⁹⁸

Junto con entregar una definición legal, la Ley 21.122 estableció una hipótesis de conversión del contrato por obra o faena en indefinido, señalando que: “Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido”. Ahora, si bien el legislador quiso poner freno a las contrataciones sucesivas por obra o faena, tal limitación se aplica únicamente cuando la contratación se circunscribe a una misma obra o faena. Por tanto, si una empresa se encuentra ejecutando de forma paralela diversas obras o faenas, podrá celebrar contratos de trabajo con sus trabajadores para la ejecución de obras materiales o intelectuales en las diversas obras o faenas, sin correr el riesgo de que esos contratos devengan en uno de naturaleza indefinida.

Finalmente, el legislador excluye expresamente del concepto de contrato por obra o faena a los contratos que tengan por objeto la realización de labores de índole permanente, en los siguientes términos: “No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia”.⁹⁹

96 OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, p. 26.

97 Antes, el legislador solo hacía referencia a ellos a propósito de una de las causales objetivas de despido –la conclusión de la obra o faena que dio origen al contrato de trabajo– (artículo 159 N°5 del Código del Trabajo). Fue la jurisprudencia judicial la que se encargó de precisar sus contornos y fijar límites a su utilización.

98 Artículo 10 bis del Código del Trabajo.

99 Artículo 10 bis del Código del Trabajo.

Junto con entregar un concepto y fijar límites a este tipo de contratos, la Ley 21.122 entregó a los trabajadores por obra o faena derechos de los que tradicionalmente estaban marginados debido a la temporalidad de sus vínculos. El primero de ellos es el derecho al feriado legal de 15 días hábiles, derecho que es otorgado a los trabajadores por obra o faena cuyos contratos hayan durado más de un año y, además, a quienes han prestado servicios continuos para un mismo empleador en virtud de dos o más contratos por obra o faena que, en conjunto, exceden de un año.¹⁰⁰ En segundo lugar, se establece el derecho a ser indemnizado por tiempo servido, consagrándose en el artículo 163 del Código del Trabajo que si un contrato por obra o faena hubiera estado vigente por un mes o más, el empleador podrá ponerle término en forma justificada solo si paga al trabajador en el momento de su terminación, una indemnización equivalente a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días.

Del marco regulatorio descrito podemos apreciar que nuestro legislador ha querido limitar estas modalidades de contratación atípicas y, a partir de la Ley 21.122, queda claro que uno de los elementos definitorios del contrato por obra o faena es su temporalidad. Ahora, la dificultad será precisar qué es lo que entenderemos por temporal, sobre todo cuando en el caso del contrato por obra o faena el legislador no estableció una duración máxima para este tipo de contratos.¹⁰¹ En relación al contrato a plazo fijo, en tanto, el gran déficit es que el legislador permite su utilización para labores de carácter permanente al no existir una exigencia de causalidad previa.

Si bien la OIT ha reconocido que el trabajo puede revestir variadas formas contractuales, ha existido siempre una preocupación por el crecimiento de las formas atípicas de empleo, entre ellas, la contratación temporal, dado que dichas modalidades están asociadas con una mayor inseguridad para los trabajadores.¹⁰²

En Chile no hay disponibilidad de datos estadísticos regulares sobre las condiciones de trabajo, entre ellas, sobre los tipos de contrato. La última Encuesta Laboral (ENCLA) realizada por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo es del año 2014 y en ella se muestra que la gran mayoría de los trabajadores dependientes que laboran en empresas formales de cinco o más trabajadores, están contratados bajo la modalidad de contrato indefinido (74,8%). En cuanto a la contratación temporal, la encuesta muestra que un 12,1% de los trabajadores está bajo la modalidad de contrato a plazo fijo, en tanto que un 11,6%

100 Artículo 67 inciso 2° del Código del Trabajo.

101 Eduardo Caamaño, "Comentarios a la nueva regulación sobre los contratos por obra o faena: un paso adelante y uno atrás", *Revista Laboral Chilena*, abril 2019, p. 63.

102 OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, pp. 1-2.

lo está bajo contrato por obra o faena. En la misma línea, de acuerdo a los datos de la Fundación Sol, analizados en base a microdatos de la Encuesta Nacional de Empleo (trimestre móvil octubre-diciembre 2019), Chile presenta una de las tasas más altas de empleo temporal (28%).¹⁰³

Incluso para los trabajadores con contrato indefinido, la supuesta estabilidad laboral que debiera conferirles esa condición no es tal, porque la utilización de este tipo de contratos no está implicando la creación de puestos de trabajo estables con proyecciones en el tiempo. En ese sentido, Durán constata que el 50% de los contratos indefinidos dura menos de 15 meses, en tanto que un 50% de los contratos a plazo fijo dura menos de cuatro meses.¹⁰⁴ Como indican desde la Fundación Sol, se trata de “contratos indefinidos efímeros, que dan cuenta de lo que podríamos denominar una formalidad de cartón, una formalidad precaria”.¹⁰⁵

Por otro lado, en el informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) titulado “Chile: prioridades de políticas para un crecimiento más fuerte y equitativo”, se muestra que al año 2015 Chile tenía la tasa más alta de contratos temporales en los países de la OCDE, con un 30%, mientras que el promedio de la OCDE está bajo el 15%.¹⁰⁶

El desafío, entonces, no solo consiste en que los contratos de carácter temporal sean utilizados efectivamente para atender situaciones puntuales, y no como una forma de eludir el cumplimiento de obligaciones laborales o reducir los costos de contratación, sino que, también, en que el contrato indefinido realmente confiera a los trabajadores proyecciones de carrera y mayores niveles de estabilidad.

El Convenio N°158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que no ha sido ratificado por Chile, señala que los Estados deben prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio. Una de las principales garantías es, precisamente, establecer causas que habiliten a las empresas a recurrir a este tipo de contratos, de manera que a través de ellos no se realicen labores que son permanentes. Como hemos visto, nuestro país tiene un déficit en la materia.

La Recomendación N°166 de 1982, sobre la terminación de la relación laboral, complementando lo indicado por el Convenio, sugiere que los contratos de duración determinada estén limitados a la realización

103 Ciperchile.cl: “Por qué el plan económico ante el COVID-19 es insuficiente y lo agrava el dictamen que permite no pagar remuneraciones”, 27 de marzo de 2020.

104 Gonzalo Durán, “Fragmentation, Job Instability and Abolitionist Decentralisation in Collective Bargaining. The Chilean Case”, *working paper submitted for the International Labour Process Conference*, Vienna, 2019.

105 Ciperchile.cl: “Por qué el plan económico ante el COVID-19 es insuficiente y lo agrava el dictamen que permite no pagar remuneraciones”, 27 de marzo de 2020.

106 OCDE, *Chile: prioridades de políticas para un crecimiento más fuerte y equitativo*, septiembre 2015, pp. 28-29.

de tareas de carácter temporal, prohibiéndose que a través de ellos se realicen tareas permanentes. En el apartado I. 3 de la Recomendación se dispone que los Estados miembros deberán:

prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, y la presente Recomendación.¹⁰⁷

(2) Con este fin, se podría, por ejemplo, prever una o varias de las siguientes medidas:

(a) limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada;

(b) salvo en los casos mencionados en el apartado precedente de este subpárrafo, considerar los contratos de duración determinada como contratos de trabajo de duración indeterminada;

(c) considerar que, salvo en los casos mencionados en el apartado a) del presente subpárrafo, los contratos de trabajo de duración determinada, cuando se renueven una o varias veces, tendrán los mismos efectos que los contratos de duración indeterminada.

CONCLUSIONES

La búsqueda de medidas o políticas públicas para mermar los efectos negativos que la emergencia sanitaria ha provocado en el mundo del trabajo se ha convertido en una tarea central. En la tradición legalista de nuestro país, esta tarea se ha traducido en proyectos de ley diseñados desde el Poder Ejecutivo, sin participación sindical alguna. Se ha dejado de lado, deliberadamente, la alternativa del diálogo social y el fomento de mecanismos de negociación para que sean las propias partes sociales las que acuerden medidas temporales y de urgencia a fin de hacer frente a los efectos de la crisis.

El preámbulo de la Constitución de la OIT consagra el principio de libertad sindical, señalándose que es uno de los medios susceptibles para mejorar la condición de los trabajadores y garantizar la paz social. En el marco de la crisis sanitaria, la Recomendación N°205 de la OIT, sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, del año 2017, aborda precisamente la situación que vivimos actualmente a raíz

107 Este principio está contenido también en el Convenio 158 de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, en el artículo 3.2. Chile aún no ratifica dicho instrumento internacional.

de la pandemia del Covid-19 y las respuestas que se pueden implementar en el ámbito del empleo y el trabajo para posibilitar la recuperación. Dentro del marco o abanico de respuestas que los Estados pueden implementar, el diálogo social ocupa un lugar central en su diseño.

Desde la perspectiva de la OIT, entonces, las organizaciones de trabajadores y empleadores cumplen un papel clave para abordar las respuestas a situaciones de crisis, principalmente a través de la negociación colectiva u otras formas de diálogo social.

Sin embargo, la realidad nacional es completamente opuesta. No hay tradición, al menos desde el retorno de la democracia, de diálogo social, y la negociación colectiva no es vista como una herramienta idónea para que sean las partes sociales las que definan medidas y políticas para hacer frente a situaciones de crisis y reducir al máximo sus impactos negativos en el empleo.

En lo que a la crisis social y política se refiere, dado los obstáculos normativos existentes, los medios de acción sindical, en especial, la negociación colectiva y la huelga, han sido intrascendentes para los efectos de reducir la desigualdad. No olvidemos que para el artífice del Plan Laboral la negociación colectiva no constituye un mecanismo de redistribución de la riqueza, cumpliendo un objetivo bien limitado: que el nivel de las remuneraciones esté acorde con la productividad de los trabajadores.

En informes anteriores nos hemos referido a estas trabas u obstáculos normativos,¹⁰⁸ que permanecen pese a la última reforma laboral del gobierno de Bachelet (Ley 20.940), toda vez que la negociación colectiva se mantiene como un derecho anclado a la empresa, coartándose la autonomía colectiva de los actores para que sean ellos quienes definan el nivel de la negociación; siguen existiendo, en paralelo a la organización sindical, las coaliciones transitorias de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar; el instrumento colectivo continúa teniendo una eficacia personal limitada; el sindicato sigue con sus fines coartados y la huelga se mantiene como un derecho sobrerregulado y que no logra desplegar toda su potencialidad.

Es por ello que, ante las últimas crisis, el rol que ha tenido el sindicato ha sido marginal y el marco normativo laboral ha resultado insuficiente para otorgar protección a trabajadores y trabajadoras. Urge generar una legislación promotora de la acción sindical para que las

108 Karla Varas, "Los límites del derecho de huelga: el talón de Aquiles de la reforma laboral", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 343-380; Karla Varas y César Toledo, "La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2015*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 75-118; Karla Varas, "Radiografía del empleo público en Chile: Derechos laborales de los funcionarios públicos", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2016*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2016, pp. 239-277; José Luis Ugarte, "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores", en Jorge Contesse (ed.), *Informe 2010*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 381-405.

partes sociales tomen un rol protagónico en la regulación de las relaciones laborales, de tal manera que se origine un marco de protección más robusto que el establecido por el legislador en el plano individual.

RECOMENDACIONES

El *estallido social* y la pandemia del Covid-19 han revolucionado al mundo del trabajo. La desigualdad alimentada por nuestro modelo de relaciones laborales ha quedado al desnudo tras esta pandemia, acelerándose con ello la necesidad urgente de transformación de dicho modelo.

En ese sentido, es urgente reformular el modelo de relaciones laborales chileno de manera de otorgar una efectiva tutela legal a trabajadores y trabajadoras y establecer una legislación promotora de la libertad sindical. Ese nuevo modelo debe poner especial atención en:

1. Fomentar políticas públicas que permitan avanzar en igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el trabajo, eliminando los sesgos de género de manera que las labores del hogar y de cuidado no recaigan únicamente en las mujeres.
2. Limitar la contratación atípica, en especial los contratos temporales, estableciendo un sistema de causalidad y límites temporales específicos.
3. Reducir la jornada laboral en concordancia a los estándares internacionales (40 horas semanales).
4. Establecer mayores exigencias al trabajo en horas extraordinarias con el objeto de evitar su utilización para extender de forma permanente la jornada de trabajo.
5. Reformular el sistema de terminación de la relación laboral, incorporando la sanción de reintegro como alternativa a la sanción meramente económica, en especial, en los casos de despidos lesivos de derechos fundamentales. Asimismo, reconfigurar la causal de despido por necesidades de la empresa, estableciendo mayores exigencias y una sanción más alta para el caso de aplicación improcedente de la causal.
6. Establecer un modelo promotor de la actividad sindical, que asegure de forma efectiva la autonomía de las organizaciones sindicales, quitando las trabas legales en relación a la estructura sindical, nivel y cobertura de la negociación.
7. Modificar el marco normativo chileno sobre derecho a huelga, permitiendo su ejercicio más allá del procedimiento de negociación colectiva, reconociéndose la autonomía de los trabajadores para definir los intereses que se protejan a través de ella.

“NO ERAN 30 PESOS, ERAN 30 AÑOS”. A 30 AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DEL NIÑO

**Ester Valenzuela
Jorge Fernández
Cate Robinson¹**

¹ Capítulo elaborado por Ester Valenzuela Rivera, abogada, directora ejecutiva de CIDENI; Jorge Fernández, abogado, investigador de CIDENI y Cate Robinson, investigadora asociada CIDENI y trabajadora social, con la colaboración de la ayudante de investigación Giovanna Aguilera Barrera.

SÍNTESIS

En agosto de 2020 Chile cumplió 30 años desde que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde entonces, el país ha avanzado en el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos y se han hecho múltiples esfuerzos por lograr el paradigma de la protección integral. Sin embargo, estos no han sido suficientes y aún hay temas estructurales por resolver, como contar con una ley de garantía que sirva de marco a toda la normativa en materia de infancia y lograr que se establezcan las directrices necesarias para que se otorgue el debido cuidado y protección especializada a todos aquellos niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) que han sido separados de sus familias y se encuentran bajo la tutela del Estado. Este último tema irrumpió con fuerza durante el *estallido social* de octubre de 2019, desde el hastío de una sociedad que entre sus demandas reclamó “No + Sename”. Adicionalmente, la crisis social mostró la tensión existente entre el ejercicio del derecho a la participación en la protesta de NNA y la reacción del Estado.

Estos 30 años que han pasado desde la ratificación de Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño, nos recuerdan las deudas aún pendientes y nos desafían a mirar el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes en un contexto distinto, en un país que ha experimentado profundos cambios políticos, sociales y económicos durante las tres últimas décadas.

Palabras claves: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 30 años, Ley de Garantía, protección integral, Sename, Informe del Comité de Derechos del Niño, violencia policial, protesta social, estallido social, Constitución, Covid-19.

INTRODUCCIÓN

El año transcurrido desde el último *Informe* ha estado marcado por el *estallido social*, que irrumpe en octubre de 2019, y luego por una epidemia sanitaria mundial que ha tenido y tendrá consecuencias de gran magnitud en toda la población y, especialmente, en los NNA.

No es posible obviar el hecho de que el *estallido* comienza con la participación de adolescentes, es decir, de estudiantes secundarios organizados para evadir masivamente el pago del pasaje del tren subterráneo (Metro de Santiago), como forma de protesta por el alza de 30 pesos en el valor de dicho pasaje. A partir de ahí, las protestas escalaron y el 18 de octubre se produjo el llamado *estallido*, seguido por un estado de emergencia decretado por el Presidente de la República y un toque de queda en diferentes ciudades del país.

El *estallido*, de alguna manera, reflejó la profunda disconformidad y las problemáticas sociales y económicas que el país arrastraba por décadas, una de las cuales dice relación con el malestar social existente por la situación en que se encuentran, hoy en día, los niños, niñas y adolescentes en las residencias del Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename). Por eso una de las consignas más reiteradas en las pancartas durante las manifestaciones sociales fue “No + Sename”.

En sus ediciones anteriores, el *Informe* ha explorado las vulneraciones del Estado hacia la infancia, realizando, además, un análisis de todos los proyectos de ley en tramitación vinculados a los derechos de NNA. Año tras año, el *Informe* ha dado cuenta de las principales vulneraciones, sin embargo, las soluciones no han llegado de manera suficiente y persiste una de nuestras mayores debilidades como sociedad: la falta de la debida protección de la infancia en el contexto del cuidado alternativo. El *estallido* dejó claro que existe conciencia social respecto a la enorme deuda que el Estado tiene con estos NNA y que, más allá de declaraciones e intentos de modificar esta realidad, no ha logrado entregar soluciones adecuadas que den una respuesta efectiva a este problema.

Durante el periodo que analizamos sobrevino una emergencia sanitaria internacional, producto de la pandemia por Covid-19, que trajo

consigo la visibilización de las enormes brechas existentes –que ya habían sido puestas en la palestra por el *estallido*– y cuyo impacto social será inconmensurable, especialmente en NNA. Temas como la pobreza, el acceso a la educación, la violencia, el aumento de la explotación sexual y el maltrato infantil, son algunas de las tantas repercusiones de esta crisis sanitaria, que veremos a nivel nacional e internacional.

Respecto a este impacto, el análisis global de las organizaciones *Save the Children* y Unicef, ha señalado recientemente que, a menos que se tomen medidas urgentes, el número de NNA que viven en hogares pobres en los países de bajos y medianos ingresos podría aumentar un 15%, y a nivel de América Latina y el Caribe se estima que en más de un 22%, es decir, que a nivel mundial un total de 672 millones de niños podrían llegar a encontrarse en esta situación.² El mismo estudio señala que el impacto de la pobreza, entendida como una vulneración a los derechos humanos, afectará en mayor medida y más duramente a los NNA, ya que se encuentran en condiciones de más vulnerabilidad que los adultos.³ Teniendo esto en cuenta, no podemos perder de vista que el acceso de los NNA al alimento, a la vivienda, educación y salud, entre otros, es un derecho inalienable que los Estados están obligados a cumplir en virtud de los compromisos y obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

Una muestra de la situación de la infancia en Chile se puede apreciar en el último Censo 2017, donde se determinó que tenemos una población de más de 4 millones de NNA, de los cuales alrededor de 60 mil viven en mediaguas, carpas o casas rodantes; sobre 700 mil en viviendas con carencias (en términos de materialidad); 717.436 en situación de hacinamiento⁴ y aproximadamente 547 en situación de calle.⁵ Estas cifras, sin duda, irán en aumento a raíz de los efectos económicos y sociales de la pandemia.

Esta pandemia amplificará y profundizará la pobreza de niños, niñas y adolescentes, con todo lo que ello implica, es decir, afectará a los NNA en sus procesos biológicos, psicológicos y en su desarrollo. Las consecuencias de esta crisis están siendo y serán nefastas, no solo por el incremento de la pobreza, sino también por un mayor consumo de drogas y alcohol, lo cual impactará directamente en el aumento del maltrato infantil. Desde una perspectiva de género, sin duda, la pandemia tendrá aún más impacto en niñas que en niños, dados los índices

2 Unicef.org: “COVID-19: El número de niños y niñas que viven en hogares pobres aumentaría en 86 millones para finales de este año”, 26 de mayo de 2020.

3 *Ibid.*

4 Centro Iberoamericano de Derechos del Niño, *¿Cómo ha cambiado la infancia en Chile en 25 años?*, 1 de abril de 2019.

5 Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *Resumen ejecutivo conteo nacional de niños, niñas y adolescentes en situación de calle.*

de prevalencia en materia de explotación sexual, abuso y maltrato. Naciones Unidas ha reconocido que aumentará el trabajo infantil y se producirá un retroceso en el acceso a derechos en relación a los cuales la niñez había ganado terreno en estos últimos 30 años (desde la firma de la CDN).⁶ Dado este escenario, es necesario contar con políticas sociales que se centren en esta crisis, de manera preferente y con enfoque de derechos, en el desarrollo de niños y niñas.

A 30 años de la ratificación de la CDN, este capítulo pretende abordar las grandes deudas del Estado de Chile en materia de infancia, con especial énfasis en dos temas: la inexistencia de una Ley de garantía, después de cinco años de discusión de un proyecto en el Congreso, y la situación de NNA en contexto residencial, cuestión que surgió como una de las demandas sociales durante el estallido.

En este sentido, resulta fundamental que a lo largo de este capítulo podamos analizar y evaluar la participación que tuvieron NNA en el *estallido* a través de la protesta social y la reacción estatal que provocó vulneraciones a sus derechos humanos. Al cierre de este capítulo, diarios nacionales e internacionales informaban sobre la caída, desde 7 metros de altura al río Mapocho, de un adolescente de 16 años (A.J.A.A.), que habría sido empujado por un carabinero, el cual, al cierre de este *Informe*, se encontraba en prisión preventiva. Ante esta situación reaccionó el presidente del Comité Internacional de Derechos del Niño⁷ y Unicef Chile,⁸ condenando los hechos y haciendo un llamado a proteger a NNA en el marco de las manifestaciones públicas.

1. A 30 AÑOS DE LA FIRMA DE LA CDN: DEUDAS AÚN PENDIENTES

1.1 Ley de protección integral o de garantía de derechos de la niñez

A 30 años de la ratificación de la CDN por parte de Chile, las deudas del Estado persisten en temas que son estructurales, entre los cuales se puede mencionar la inexistencia de una adecuación integral de la legislación nacional a los principios, directrices y derechos contenidos en la Convención. Una de las mayores faltas del Estado de Chile es que aún no contemos con una ley de protección integral que contenga garantías donde se establezcan mecanismos de exigibilidad para el efectivo ejercicio de los derechos contemplados en la CDN.

Particularmente relevante es la ausencia de la Ley de Garantías de Derechos de la Niñez, que debiera ser el marco general de todo el sistema jurídico nacional, en un contexto en que, además, aún no ha

6 Unicef.org: "Pandemia y pobreza infantil", 8 de junio de 2020.

7 A través de su Twitter @NenePedernera, el 3 de Octubre a las 20:01 hrs.

8 A través de comunicado de prensa, el 4 de Octubre en su página web www.unicef.cl.

sido derogada del todo la Ley de Menores 16.618, de 1967, la cual se sostiene en una matriz tutelar que no se condice con la concepción de un niño como sujeto titular de derechos ni con el paradigma de la protección integral. A esto se suma la actual situación legislativa en materia de infancia, que se caracteriza por su dispersión y fragmentación en diferentes cuerpos normativos, problema que es necesario corregir con urgencia, como repetidamente lo ha solicitado el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.⁹

Si bien podemos identificar un conjunto de reformas parciales orientadas, con mayor o menor efectividad, a dar cumplimiento a las obligaciones de adecuación de la legislación a la CDN, en términos generales es posible afirmar que hoy en día coexisten dos sistemas: el sistema jurídico de la CDN que establece principios y derechos desde un paradigma del niño como titular de derechos y de protección universal e integral; y un sistema jurídico interno escrito en clave tutelar que, finalmente, debilita la aplicación del primero.

La dispersión normativa ha producido menoscabo al bienestar de NNA y ha incidido en el diseño defectuoso de los sistemas institucionales de protección de los derechos de la infancia. Una ley de garantía, junto a la CDN, establecería un marco interpretativo y de aplicación sistemática de todos los cuerpos legales relativos a derechos de infancia con el objetivo de favorecer una protección integrada y sistémica, que comprenda a las normas jurídicas, a las instituciones y los programas que realicen acciones específicas de promoción, prevención, protección, restitución y reparación de derechos.

Este sistema de garantías debiese estar dotado de recursos financieros suficientes, progresivos y protegidos de recortes o afectaciones de los gobiernos de turno. Chile es el único país de la región que aún no cuenta con un sistema de garantías, pese a que al ratificar la CDN en 1990, adquirió la obligación de adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 4). En reiteradas ocasiones, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho notar que esta obligación se encuentra pendiente. En agosto de 2015, el Comité destacó en las Observaciones Finales sobre los Informes cuarto y quinto combinados¹⁰ que se haya “presentado al Parlamento una ley para la protección integral de los derechos del niño”, y recuerda “su anterior recomendación,¹¹ señalando que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de

9 Se señalará en detalle en los próximos párrafos.

10 *Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile* (CRC/C/CHL/CO/4-5).

11 CRC/C/CHL/CO/3, párr. 8 y 9, *Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile* (CRC/C/CHL/CO/4-5).

los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño”. Han pasado más de cinco años de dichas recomendaciones y aún no contamos con ese texto legislativo.

Una ley de garantía no puede solo reiterar derechos ya consagrados en la CDN. Más bien, lo requerido, en términos técnicos, es contener un marco o estatuto general que establezca la estructura fundamental de las garantías y protecciones del ejercicio de los derechos y sirva de base para la elaboración e interpretación del conjunto de la legislación sectorial que desarrolla cada uno de los derechos, por ejemplo, en materias como educación, salud o derecho a vivir en familia.

Por consiguiente, para contar con una efectiva protección de derechos, la ley de garantía o de protección integral debe considerar explicitar y hacerse cargo de cuatro cuestiones centrales: i) la integralidad de los mecanismos de protección/garantía (creación de un sistema integrado de normas, instituciones, programas y recursos financieros); ii) la enunciación precisa de los principios, garantías y derechos para NNA, como igualdad, prioridad, reconocimiento de la autonomía y participación (lo que constituye un estatuto de aplicación general para la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico relativo a este grupo etario); iii) la derogación y reforma de todas las normas vigentes que no se encuentren adecuadas a la CDN, en particular la Ley de Menores; finalmente, iv) asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la participación de NNA en el ámbito judicial y en todos aquellos ámbitos extrajudiciales.

1.1.1 Situación actual de la ley de garantías

En el mes de mayo, se aprobó la iniciativa de condicionar el proyecto de ley que crea el Servicio de Protección de la Niñez al avance legislativo de la Ley de Garantías de Derechos de la Niñez. A esto le llamaron el “amarre”, y se justificó por quienes lo aprobaron, bajo el argumento de que no podía existir un Servicio sin un marco de referencia que estaría contenido en el proyecto de ley de garantía. Quienes no estuvieron de acuerdo señalaron que esto no tenía lógica legislativa y era improcedente. La subsecretaria de la Niñez, Carol Bown, planteó su descontento por el “amarre”, señalando que “estamos de acuerdo con que el sistema integral es súper relevante”, pero advirtiendo que “esa es una ley (la de Garantías) que además de tener un costo alto de implementación, en términos presupuestarios, tiene temas ideológicos, y estos son complicados, porque cuando se discuten temas relacionados con la homoparentalidad o con la identidad de género, siempre hay mayor división, y eso hace que se retrase más la discusión de este proyecto.”¹²

12 *El Mercurio*: “Servicio de Protección a la Niñez irá ‘amarrado’ a Ley de Garantías”, 28 de mayo de 2020.

El 3 de julio de 2020, el Presidente de la República vetó una serie de disposiciones del aprobado proyecto de ley que crea el nuevo Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia (Boletín 12027-07), en reemplazo del Sename. Entre ellas se vetó la disposición que supeditaba la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad a la comprometida Ley de garantías de derechos de niñez.¹³

Lamentablemente, dicho veto implicó un retroceso en los avances hacia el cumplimiento de la Convención y un debilitamiento de las garantías de los NNA, ya que estas quedan condicionadas a las atribuciones y medios de los organismos del Estado y no a un sistema integral de garantías de derechos para la niñez y adolescencia. Desde nuestra perspectiva, esto disminuye la responsabilidad del Estado frente a la protección de los NNA.

El veto presidencial desconoció que los organismos colaboradores cumplen una función pública, suprimiendo así la responsabilidad solidaria respecto a los delitos que puedan cometer sus trabajadores sobre los NNA, lo cual era un acuerdo unánime de la comisión mixta. La Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz, se pronunció al respecto señalando que: “No se debe, por ningún motivo, reducir las exigencias y condiciones a cualquier organismo, público o privado, que desempeñe las acciones del Servicio; cualquier acción en ese sentido, sólo perpetuará la flagrante y persistente situación de vulneración de derechos que han debido enfrentar, por décadas, los niños, niñas y adolescentes bajo cuidado del Estado”.¹⁴

Finalmente, el Congreso, a fines de octubre, aprobó el veto presidencial al proyecto de ley que crea el nuevo Servicio Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia que reemplazará al Sename. En un siguiente paso el proyecto debe pasar al Tribunal Constitucional, donde se revisa antes de su promulgación y publicación. Luego existiría un plazo máximo de un año para su instalación.

Más allá del veto, lo preocupante es el sustento ideológico que está detrás y que contraviene lo comprometido con la firma de la CDN, en cuanto a que la responsabilidad del Estado, respecto a la protección de los derechos de NNA, en ninguna circunstancia puede ser delegada. Es fundamental entender la importancia de reforzar el principio de Estado garante, un compromiso que el Estado de Chile adquirió al ratificar la CDN y no puede ser desconocido bajo ningún pretexto.

La CDN establece orientaciones en torno al rol que debe tener el Estado con respecto a la promoción y protección de los derechos de los niños, considerando que se adecuaba mejor un rol de garante más que

13 El Mostrador.cl: “Veto a las garantías de la niñez”, 25 de julio de 2020.

14 El Mostrador.cl: “Defensoría de la Niñez lamenta veto presidencial: ‘Chile es el único país de Latinoamérica que no cuenta con una Ley de Garantías de derechos de los niños’”, 10 de julio de 2020.

de subsidiariedad combinada con privatización. El carácter mixto del sistema chileno adquiere visos extremos que pueden llevar a vulnerar los principios de protección y de efectividad de los artículos 3.2 y 4 de la CDN.

Al cierre de este capítulo, la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los NNA logró despachar el proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, a la Comisión de Hacienda. Dicho sistema estaría integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país. Sin embargo, será crucial el paso por la Comisión de Hacienda y luego lo que suceda en la discusión en Sala del Senado, en que se cree que, debido a los cambios, deba ir a Comisión Mixta, lo cual dilataría aún más el proceso de aprobación de dicho proyecto de ley.

2. LOS DOBLEMENTE ABANDONADOS

Dentro de las deudas del Estado, además del tema normativo, está la situación de NNA que han sido separados de sus familias y se encuentran bajo el cuidado del Estado en residencias del Sename o de organismos colaboradores. Corregir esta deuda fue una de las mayores demandas enarboladas en el contexto del *estallido social*.

2.1 Violación sistemática del estado de Chile a los derechos de niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial

Durante los últimos años, las denuncias contra el Servicio Nacional de Menores han sido reiteradas y graves. En 2018, el Informe de la investigación sobre el Estado de Chile, realizada por el Comité de Derechos del Niño –en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la CDN, relativo a un procedimiento de comunicaciones– se pronunció sobre las condiciones de vida de NNA que residen en centros del Sename y/o en organismos colaboradores. Dicho informe da cuenta, de manera categórica, de las graves y sistemáticas vulneraciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en acogimiento residencial, y del incumplimiento de parte del Estado de su rol de garante.¹⁵

La respuesta del Estado a ese informe consistió en una serie de medidas y acciones que, sin embargo, han sido completamente insuficientes. Si bien se puede reconocer que ha aumentado la cantidad de la subvención, el Estado debe asumir su responsabilidad principal en

15 ONU, *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Comité de los Derechos del Niño, 2018.

relación a los NNA que se encuentran bajo su cuidado directo en el sistema residencial y en el sistema de acogimiento familiar. Para ello debe establecer estándares en infraestructura, en la calificación de los profesionales y la calidad de las familias de acogida –con un buen sistema de evaluación, formación y acompañamiento de las mismas– con enfoque de derechos e intensificando el trabajo con las familias de origen. Asimismo, es esencial que existan recursos financieros para poder contar con infraestructura e instalaciones *ad hoc* y con profesionales especializados. También, es relevante que la respuesta del Estado considere el establecimiento de garantías reforzadas respecto de aquellos NNA más vulnerables del sistema, es decir, quienes se encuentran en situación de discapacidad, migrantes, indígenas y LGTBIQ+; estableciéndose estrategias y medidas con enfoque inclusivo.

Es preciso puntualizar que, la participación de los NNA está insuficientemente considerada y se ha reinstalado una visión sin enfoque de derechos, lo cual ha impedido avanzar en mejoras fundamentales y necesarias del cuidado alternativo. En este sentido, creemos que aquellos que viven en contexto de cuidados alternativos debieran tener mayor incidencia en la elaboración de sus planes de intervención, acorde a la evolución de sus facultades, a su edad y madurez, debiendo ser siempre informados del plan previsto para ellos y con la posibilidad de ser escuchados.

Además, la respuesta debe contemplar mecanismos de reparación. No es posible olvidar a todos los NNA que pasaron por el sistema bajo el cuidado estatal y fueron vulnerados a través de abusos físicos, sexuales, psicológicos o negligencias, siendo dañados cuando debían ser protegidos. La respuesta del Estado de Chile debiese hacerse cargo de repararlos a través de acciones concretas en materia de salud mental, considerándose indemnización económica y dispositivos de reinserción.

El Estado tiene la obligación de reparar –a nivel interno y por sus propios medios– los daños ocasionados,¹⁶ debido a su posición de garante y como una forma de asegurar la implementación de tratados internacionales de derechos humanos a nivel nacional.¹⁷

En este sentido, “sobre el fundamento de la responsabilidad internacional en el derecho clásico, se han sostenido diversas tesis, primando la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado en forma voluntaria, a través de un tratado o del derecho consuetudinario”.¹⁸

16 Corte IDH, *caso Colindres Schonenberg versus El Salvador*, párr. 75.

17 Corte IDH, *caso Acevedo Jaramillo y otros versus Perú*, párr. 66. Ver también, *Caso Masacre Santo Domingo versus Colombia*, párr. 142.

18 Claudio Nash, “El sistema interamericano de derechos humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 6(6), 2005.

La violación sistemática del Estado de Chile a los derechos de NNA en acogimiento residencial, ha consistido en la vulneración de derechos fundamentales contenidos en el *Corpus Iuris* internacional de derechos humanos de NNA, tanto en la CDN como en la Convención Americana de Derechos Humanos. Nos referimos, entre otros, al derecho a la integridad física y psíquica, al derecho a la vida, al desarrollo y la supervivencia, toda vez que han existido maltratos, abusos físicos, psicológicos y sexuales. El Estado ha atentado contra la dignidad de niños y niñas que estaban bajo su cuidado, por tanto, es fundamental la reparación integral para todos los NNA víctimas del sistema, precisamente porque el Estado era responsable de velar por su integridad y por el respeto de sus derechos.

Otro problema gravitante ha sido la falta de trabajo con las familias de origen. La subestimación de estas familias y sus NNA sigue siendo una barrera importante desde los programas, las políticas y la sociedad en general. Es imposible lograr cambios en este terreno sin trabajar bajo una perspectiva de “estima incondicional positiva”¹⁹ hacia ellas,²⁰ lo que requiere fijar plazos y límites en las oportunidades, y considerar siempre en primer lugar al niño, niña o adolescente y sus propias necesidades.

El derecho a vivir en familia de los NNA supone un trabajo preventivo e intensivo con las familias de origen. Hoy en día, el sistema llega tarde, solo cuando la vulneración ya ocurrió. Para evitar lo anterior se requiere trabajar preventivamente, lo cual supone una detección temprana de aquellas familias de origen que presentan factores de riesgo como, por ejemplo, consumo problemático de drogas y alcohol, problemas económicos, de comportamiento, capacidades parentales disminuidas, etc. La protección de derechos debe llegar antes de la judicialización.

El presidente ejecutivo de la Fundación América Solidaria, Benito Baranda, reafirmó, durante una entrevista que le realizamos, la enorme importancia del trabajo con la familia, a propósito de un caso en la comuna de La Pintana, donde un joven fue asesinado luego de haber pasado por el CRC Til Til del Sename. Baranda explicó: “Es este caso no se trabajó con la familia... Si la familia efectivamente tiene problemas, es necesario trabajar con esta, desde la política pública corresponde al Estado hacerlo, si el Estado no lo hace, fracasa la familia.”²¹

19 Entendemos por *estima incondicional positiva* una mirada humanista que pone a la familia en el centro, creyendo en sus capacidades y su potencial para lograr cambios. Se trata de una mirada de no discriminación y que tiene en cuenta como una consideración primordial el interés superior de los niños, al momento de tomar decisiones o medidas que los afecten.

20 Walter Arias, “Carl R Rogers y la terapia centrada en el cliente”, *Avances en psicología*, 23(2), 2015.

21 Entrevista realizada por Cate Robinson, co-autora de este capítulo.

En la actualidad, el trabajo con las familias de origen es casi nulo y, por lo tanto, la restitución del derecho a vivir en familia es casi inviable, lo cual extiende o perpetúa la permanencia de los NNA en contexto residencial, es decir, institucionalizados.

Junto al trabajo con la familia de origen, se requieren alternativas a la institucionalización como la que representan las familias de acogida. Resulta por ello relevante avanzar hacia un mejor sistema de acogimiento familiar que permita disponer de mecanismos de evaluación superiores a los actuales, formación y acompañamiento y, además, asegurando que las personas que asumirán el cuidado contarán con las capacidades necesarias para hacerlo y con competencias de acuerdo con las distintas edades y características del NNA.

El acogimiento familiar representa una valiosa alternativa. Hay que recordar que, durante siglos, el apoyo a las familias en crisis y a sus hijos estuvo en manos de la comunidad, sin un marco regulatorio y con la aceptación de las partes. “Desde que se conoce la existencia de los colectivos humanos, la ayuda de los más necesitados de atenciones se ha comprometido entre varias familias”.²²

Históricamente el cuidado de NNA fue apoyado por abuelas o abuelos, tíos y tías, otros parientes, amigos, personas con relaciones de trabajo, los llamados padrinos o la propia comunidad.²³ En los años 30 del siglo XX se comienza a formalizar esta modalidad de cuidado alternativo en Chile. Se conoció como “colocación familiar” y fue implementada por dos vías, las organizaciones religiosas y el sistema de salud, siendo pionero en este ámbito el Hospital Calvo Mackenna.²⁴

Luego de la entrada en funcionamiento del Sename, en 1980, se crea formalmente el Sistema de colocación familiar, aprobándose en 1982 el Decreto supremo sobre “Normas básicas para la atención de menores en el sistema de Colocación Familiar.” Dentro de las características de este programa se señalan las largas permanencias de NNA en estas colocaciones, en donde la reunificación familiar no siempre fue el objetivo de la intervención, problema que hasta ahora subsiste. En la actualidad, y a partir de 2005, Chile cuenta con el programa de Familias de Acogida. Desde la publicación de las orientaciones técnicas del programa de Familias de Acogida Especializada,²⁵ con programa

22 María Ignacia Arrubarrena y otros, *El maltrato infantil: detección, notificación, investigación y evaluación*, Madrid, Programa para la mejora del sistema de atención social a la infancia (SASI), 1996.

23 Cideni-Unicef, *Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida*, 2019.

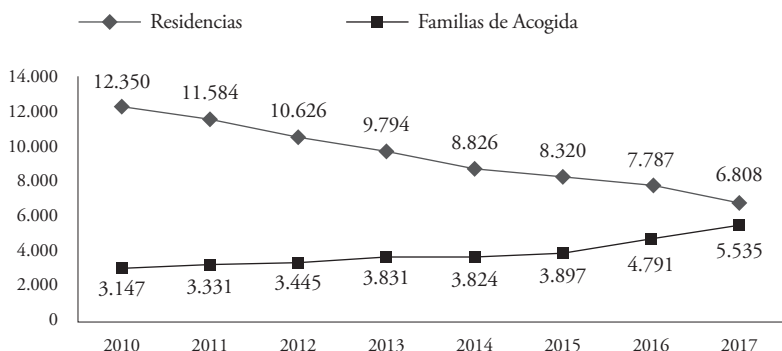
24 María Isabel Zavala, *Acogimiento familiar en Chile: perfiles familiares y ajuste de los niños y niñas acogidos*, Tesis Universidad de Sevilla, 2015.

25 Cideni-Unicef, op. cit.

de protección especializado FAE/PRO,²⁶ en 2015, el Estado chileno ha tenido una intención manifiesta de enfocarse en la desinternación de niños y niñas menores de tres años, lo cual estaría en concordancia con las recomendaciones internacionales.²⁷

A lo largo de nuestra historia, el cuidado alternativo, en la modalidad de internación en residencias, ha sido la opción más utilizada por los tribunales a la hora de decidir sobre la situación de un niño o niña que debe ser separado de su entorno familiar. Sin embargo, esto ha ido disminuyendo progresivamente: mientras las cifras de internación en residencias en 2010 alcanzaban el 79,7% del total de niños en cuidados alternativos versus la cantidad de niños en acogimiento familiar, en 2017 esta cifra disminuyó al 55%.²⁸

Gráfico 1. NNA en cuidados alternativos de los niños privados de cuidado familiar. Periodo 2010-2017 (vigentes al 31 de dic. de cada año).



Fuente: Anuarios Estadísticos SENAME, años 2010 al 2017.

En la actualidad, según cifras del primer trimestre 2020 del Sename, hay 5.987 NNA atendidos en residencias y 7.299 atendidos en familias de acogida,²⁹ siendo la mayoría de ellas, familias extensas (83,7%). Se habla de acogimiento por familia extensa cuando el cuidado, crianza y protección del NNA que debe ser separado de sus padres, es llevado a cabo por parte de familiares, padrinos, padrastros o cualquier adulto

26 FAE/PRO significa Familias de Acogida Especializada (FAE) con programa de Protección Especializado (PRO). Se trata de un modelo que viene a fortalecer el trabajo con niños y niñas que requieren cuidados en un sistema alternativo a su grupo familiar de origen.

27 En la Convención sobre Derechos del Niño y en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

28 Cideni-Unicef, op. cit.

29 Sename, *Informe trimestral periodo Enero-Marzo 2020*, 2020. Disponible en www.Sename.cl/informe-trimestral-2020/trimestre-1-2020/.

que tenga una unión sanguínea con el niño. Las Directrices lo denominan “acogimiento por familiares”, refiriéndose a la acogida por parte de personas de la familia extensa del niño, o de amigos íntimos de la familia, ya sea de carácter formal o informal.³⁰

Es preciso señalar que el cuidado en familia extensa y externa es deseable y, además, es reconocido como una ventaja del sistema de protección chileno. Sin embargo, los programas de familia de acogida necesitan mayores recursos para desarrollar un trabajo más efectivo y eficiente que les permita cumplir con sus múltiples tareas: sensibilizar y captar familias, evaluarlas y capacitarlas, intervenir con los niños niñas y adolescentes, su familia de origen y su familia extensa; acompañar y apoyar en el desarrollo del cuidado tanto en la familia extensa como en la externa; supervisar y evaluar procesos de transición de los NNA cuando sean adoptados o vuelvan a su familia de origen.

La Constitución chilena plantea que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y hay consenso en que, además, es el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, como se plantea en el preámbulo de la CDN. En consecuencia, los esfuerzos debieran ir encaminados, principalmente, a lograr que los NNA permanezcan bajo el cuidado de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos.

El artículo 20 de la CDN señala, en primer lugar, que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. Se trata de situaciones de separación de los niños de su medio familiar que dan lugar a una intervención estatal para la restitución de sus derechos. En segundo lugar, el artículo establece que los “Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños”.

La separación de los NNA de su propia familia debiera considerarse, por tanto, como un último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo. Las decisiones de remoción del cuidado personal debieran revisarse periódicamente; los NNA debiesen regresar al cuidado de sus padres una vez que desaparezcan las causas originales que provocaron la separación (por ejemplo, en situaciones de violencia), o bien cuando pueda haber mejorado la situación. En este sentido, no siempre es posible solucionar del todo los problemas que generaron la separación del NNA de su entorno familiar, pero, por ejemplo, las capacidades parentales podrían haber mejorado y, si bien no ser perfectas, permitir proveer de un mejor cuidado al NNA, siempre respondiendo

30 Cideni-Unicef, op. cit.

a su interés superior.³¹ Aunque algunos de los problemas persistan, no se debe impedir que el niño pueda volver a su familia, siempre y cuando dichos problemas no sean realmente inhabilitantes y existiendo, por supuesto, el debido acompañamiento a la familia.

El Estado es responsable de evitar la separación, a través de estrategias preventivas y de apoyo a las familias que presentan problemas para hacerse cargo de la crianza, bajo los parámetros de bienestar del NNA. También es su responsabilidad –en aquellos casos en que no existe familia o, bien, la familia no puede hacerse cargo ni siquiera con un apoyo apropiado– proveer el debido cuidado al niño o niña cuando la familia abandona o renuncia a esa misión. Como se ha señalado, en cada una de estas circunstancias es deber del Estado proteger los derechos del niño y procurarle un acogimiento alternativo adecuado.

Otro asunto importante dice relación con la participación de los niños en un contexto de cuidado alternativo. Los NNA debiesen participar en la construcción de su plan de intervención, ya que en dicho plan se adoptan medidas que les afectan y, por mandato del artículo 12 de la CDN, deben ser oídos y previamente informados. Asimismo, los NNA debiesen participar en el diseño y evaluación de los programas y las políticas públicas atingentes.

En conformidad a lo mandatado en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, la CDN y la legislación interna del Estado chileno, se debe garantizar que se realicen todos los esfuerzos para que el niño en cuidado alternativo se reintegre a su familia y que dicha medida de separación sea temporal. En caso de que esto no sea posible, el Estado deberá encontrar una solución apropiada y, asimismo, velar por que, mientras se produce la separación del NNA con su familia, se adopte respecto de este(a) la modalidad más idónea de cuidado alternativo. Es esencial que exista, además, un trabajo de prevención, que evite que se produzca la separación del NNA. Adicionalmente, también es necesario el trabajo intensivo durante la separación del NNA de su entorno familiar y luego del egreso de este del acogimiento (sea familiar o residencial). En relación al último caso, se trata de un trabajo de acompañamiento con el niño y con la familia de origen que implique no solo seguimiento y monitoreo, sino también intervención. Es importante cambiar el enfoque actual de la intervención. Se requiere un enfoque relacional, que se traduzca en un proceso permanente basado en la relación y en la cotidianidad de las actividades de los cuidadores con el NNA, y que conduzca a la restitución de

31 Las causas más reconocidas de ingreso de niños, niñas y adolescentes al sistema de cuidado alternativo son la negligencia, con un 31,5%, y la violencia intrafamiliar, con un 17,9%; el 26,6% ingresa por otras razones. Ver Defensoría de la Niñez, *Niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado (Cap. 5)*, Informe Anual, 2019.

derechos y a la reparación. Se trata de un cambio cultural en lo que se entiende por intervención.

El Estado es el responsable primordial de velar por el ejercicio efectivo de derechos, evitar vulneraciones y reparar a los NNA ya vulnerados. Como sociedad tenemos responsabilidad tanto en el cuidado de nuestros niños como en la denuncia de vulneraciones, así como también en aportar a un cambio cultural respecto a la mirada frente al problema.

Es un deber del Estado de Chile la reparación del daño de los NNA que fueron vulnerados en sus derechos mientras estaban en cuidados alternativos (acogimiento residencial o familiar), tal como está contemplado en los tratados internacionales. Toda violación moral que vulnera los principios de los derechos humanos de las personas debe ser resarcida, y tal reparación implica indemnización, mecanismos que permitan protección, restitución y además la no reiteración del acto vulneratorio.

2.1.1 Las dos Ámbar

En agosto del 2020, fue encontrada muerta Ámbar Cornejo, una adolescente de 16 años asesinada por la pareja de su madre. El hecho de gran repercusión pública dejó al trasluz que la víctima tenía una historia vinculada al Sename desde que tenía cuatro años, cuando el Programa de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) de Quilpué, Villa Alemana y Limache, señaló en un informe que dada su condición de vulnerabilidad, se recomendaba que fuera trasladada a un centro de cuidado residencial, donde estuvo durante un año. Cuando Ámbar ya tenía 15 años el colegio alertó de su situación de vulnerabilidad y se activó un programa ambulatorio del Sename, denominado Programa de Intervención Especializada (PIE). Ámbar vivía en la casa de quien había abusado de ella desde los 4 años de edad y que terminaría siendo su asesino, y la orden de alejamiento fue dictada cuando la niña ya estaba desaparecida.

En 2018, Ámbar Lazcano, cuando tenía apenas 1 año y 7 meses de edad, murió producto de golpes y violación a manos de la pareja de su tía. Ella vivía con ambos bajo el sistema de familia de acogida. El Tribunal de Familia solo había ordenado evaluar a su tía biológica, sin embargo la pareja con quien vivía nunca fue sometida a ningún tipo de evaluación, pese a que formaba parte del grupo familiar que acogería a Ámbar Lazcano.

Estamos hablando de la muerte de dos niñas que estuvieron al cuidado de una institucionalidad que no fue capaz de protegerlas y, en cambio, las trató con desidia. Un sistema que, además de llegar tarde, no logró evitar sus muertes.

Los enormes esfuerzos desplegados en esta materia aún no son suficientes y se requieren cambios más estructurales. Al cierre de este

capítulo recién fue aprobado por el Congreso el veto presidencial que permitirá despachar y dar inicio al nuevo Servicio Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia, impulsado por el gobierno a través de la Subsecretaría de la Niñez. Se trata del organismo que sustituirá al Sename en lo relativo al cuidado de NNA que han sufrido vulneraciones en sus derechos. Este nuevo Servicio implementará una mayor supervisión y mejor fiscalización, mayores exigencias al personal público y privado. No obstante, el proyecto que lo crea tiene falencias que no asegurarían del todo estas mejoras.

Este nuevo Servicio debería velar por el cuidado de niños y niñas a través de programas ambulatorios eficientes y por un sistema de cuidados alternativos (residencial y de acogimiento familiar) que los/as proteja efectivamente. Una vez implementado, este Servicio deberá contar con profesionales adecuados, con un mecanismo de registro y supervisión que permita hacer seguimiento de cada niño y niña que ingresa a programas ambulatorios o bien a cuidados alternativos. Si esto no ocurre, tendremos una réplica del Sename y solo un cambio de nombre del servicio, sin un verdadero cambio estructural.

Por ello se precisa, entre otras cosas, que el nuevo Servicio genere un sistema de registro distinto al llamado SENAINFO, en que el foco está más puesto en la rendición económica que en la situación de los niños y niñas del sistema. Este registro es esencial para el acceso y ejercicio de derechos, y por ello es relevante que contenga la información y la historia de cada niño. Sin embargo, es necesario resguardar esos datos y evitar lo que sucedió durante este año, en que el Sename realizó un convenio con la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) para entregarle antecedentes de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban al cuidado de la institución. El anterior fue un acuerdo absolutamente vulneratorio, transgredió principios fundamentales –como el interés superior del niño, el derecho a la privacidad y confidencialidad de sus datos, el principio de igualdad y no discriminación, etc.– y reinstaló la lógica de la *situación irregular* que se pretende erradicar. Por consiguiente, cualquier sistema de registro deberá prever el resguardo absoluto de la información de los niños, niñas y adolescentes.

En la Cuenta Pública 2020, el presidente Piñera reconoció que el Sename no cumplió la tarea de cuidar a nuestros niños y cautelar su dignidad, e indicó que se privilegiará la reunificación familiar y se fortalecerá el rol de las familias de acogida. Esta es una promesa crucial. Hoy, el sistema interviene cuando ya es tarde, cuando niños y niñas ya fueron vulnerados. El nuevo Servicio debe considerar que su intervención tiene que ser oportuna y anticiparse desde una lógica más preventiva que reactiva. El nuevo Servicio debería, por tanto, establecer mecanismos de alerta temprana que puedan identificar aquellos NNA que se encuentran en riesgo y, asimismo, implementar un sistema de seguimiento

cuando los NNA egresan del sistema.³² Esto último es una de las fallencias de la ley ya que, lamentablemente, no se aseguró un número de fiscalizadores para realizar esta función que es esencial a la luz de las violaciones sistemáticas que han ocurrido en el contexto residencial.

En este contexto, parece razonable la consigna “No + Sename” que irrumpió durante el *estallido social*, ya que da cuenta de una ciudadanía interpelando a un Estado que ha sido incapaz de generar respuestas integrales frente a la problemática. En estos días, y ante la posibilidad de la redacción de una nueva Constitución, sería deseable establecer al menos los principios estructurantes de la CDN en la Carta Fundamental y así darle contenido a principios como *el interés superior, derecho a la vida, desarrollo y supervivencia; no discriminación* y, por supuesto, *derecho a la participación*, estableciendo recursos que garanticen su efectivo ejercicio.

Además, la energía y motivación provocada por el lema “No + Sename”, debiese ser un llamado a un cambio en las conciencias para asumir que también la sociedad en su conjunto es responsable, por ejemplo, del fortalecimiento de las familias de acogida o la denuncia de las vulneraciones que sufren los NNA. Esperamos que el nuevo Servicio esté a la altura de las necesidades de niños, niñas y adolescentes de este país y, sobre todo, a la altura del ejercicio efectivo de sus derechos.

3. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DURANTE EL ESTALLIDO SOCIAL

Al cierre de este capítulo, la prensa informaba sobre el caso de un joven de 16 años que durante una protesta, el viernes 2 de octubre, cayó desde el Puente Pío Nono al río Mapocho, empujado, según lo indican registros audiovisuales y testigos, por un carabinero. Unicef Chile publicó en su página web una declaración en la cual reitera su rechazo al uso de la violencia por parte de la fuerza policial y pide proteger a los niños, niñas y adolescentes en el marco de las manifestaciones públicas, indicando “...que este lamentable hecho lleve a las autoridades a tomar las medidas que corresponden para evitar que vuelvan a ocurrir situaciones de violencia que constituyan graves violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”. El comunicado agrega: “Es imperativo que estas reformas tengan una expresión concreta en el actuar de la policía. El derecho a la manifestación pacífica requiere que las autoridades de gobierno aseguren la protección de este derecho y esto implica una radical modificación de

32 Columna de opinión de Ester Valenzuela en el diario El Mostrador: “Las dos Ambar y otros miles de niños y niñas”, 11 de agosto de 2020.

la conducta de las fuerzas policiales”.³³ El 4 de octubre, el carabinero fue formalizado por homicidio frustrado del adolescente, al que hizo caer desde el Puente Pío Nono. La fiscal a cargo, Ximena Chong, afirmó que, además, el imputado abandonó a la víctima y que entregó información falsa a la Fiscalía.

Nos parece que esta acción (de confirmarse) es absolutamente reprochable y se enmarca en una lógica del uso excesivo y abusivo de la fuerza policial, que hemos visto especialmente desde el *estallido social*, pero que ha estado presente en diversas protestas desde el retorno a la democracia. El actuar de las fuerzas policiales respecto de niños, niñas y adolescentes en contexto de protesta, es un tema relevante que trataremos a continuación.

La posibilidad de que los NNA sean actores políticos resulta controversial dentro del debate público nacional. Esto, debido a que la participación política, entendida como “la determinación en los asuntos comunes”,³⁴ suele concebirse como un espacio perteneciente a los adultos reducido a la elección de representantes por medio del derecho a sufragio. Reflejo de ello es la propuesta de los diputados de la UDI para que los menores de 18 años requieran de autorización de sus padres si desean asistir a una movilización. Esto se ha discutido a propósito del artículo 29 del proyecto de Ley de Garantías de la Niñez, que permite que NNA ejerzan, de acuerdo con su autonomía y grado de madurez, los derechos de libre asociación y reunión.³⁵

Excluidos de los mecanismos tradicionales, vinculados al derecho al sufragio, NNA han desarrollado la participación política, durante la última década,³⁶ a través del ejercicio del derecho a la protesta consagrado en la legislación internacional de los derechos humanos y en nuestra Carta Fundamental, como “forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación”.³⁷ El derecho a la participación

33 Unicef. Chile: “Unicef reitera su rechazo al uso de la violencia por parte de la fuerza policial y pide proteger a los niños, niñas y adolescentes en el marco de las manifestaciones públicas”, 4 de octubre de 2020.

34 Domingo Lovera, “Ciudadanía Constitucional de niños, niñas y adolescentes”, en Anuar Quesille (ed.), *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Chile, UNICEF Chile, 2017, p. 151.

35 Boletín 10315-18, *Sistema de garantías de los derechos de la niñez*.

36 Basta para ello recordar las movilizaciones estudiantiles durante los años 2006, 2009 y 2011.

37 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, septiembre de 2019, OEA/Ser. L/V/II.

política suele conjugar el ejercicio de la libertad de expresión³⁸ y la libertad de asociación,³⁹ que juegan un papel determinante dentro de un sistema democrático.⁴⁰ Resulta relevante que, para el ejercicio del derecho a la participación política, los Estados garanticen el derecho a la información de NNA, de manera que estén en condiciones de formarse un juicio propio sobre los asuntos que les afectan (art. 12 CDN).

La extensión del derecho a la protesta a los NNA debe sustentarse en su calidad de sujetos de derechos. Si los derechos humanos se erigen como derechos de todo individuo de la especie humana, resulta lógico incluir en este universo a los NNA, siendo deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.⁴¹ A su vez, NNA son merecedores de una especial consideración debido a su condición de vulnerabilidad, que conlleva la adopción de medidas específicas para su protección.⁴² Por ello, además de la titularidad de los derechos consagrados en instrumentos universales de derechos humanos, el derecho a la protesta recibe una protección reforzada en los artículos 13⁴³ y 15⁴⁴ de la CDN.

La importancia del reconocimiento de este espacio de participación política, por medio del ejercicio de derechos fundamentales, resulta, a su vez, imprescindible para reconocerlos como sujetos de derechos y para robustecer el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales,

38 Consagrada en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República de Chile.

39 Previsto en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 15 de la Constitución Política. En un mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, Volumen II, 2006, en la OEA /Ser.L/v/II.124.

40 Roberto Gargarella. *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Argentina, Ad-hoc, 2005, p. 26.

41 Miguel Cillero Bruñol, "Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios", en UNICEF y otros, *Derecho a tener derecho* (tomo 4), Montevideo, UNICEF, 1999, p.1.

42 Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño. En este mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que establece: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

43 Artículo 13.1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño; 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

44 Artículo 15. 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas; 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

que permitan a NNA ser escuchados en todas las áreas de sus vidas.⁴⁵ En un sentido similar, el relator de las Naciones Unidas para los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación, señaló que la restricción o exclusión de estos derechos respecto de los grupos de mayor riesgo, entre los que se encuentran los NNA, tenderá a reforzar su marginación.⁴⁶

Por último, la CDN establece la obligación para los Estados de tomar medidas especiales de precaución cuando quienes ejercen el derecho a la participación política son NNA, en especial en contexto de protesta social. Entre estas medidas se encuentra la preocupación por un uso proporcional de la fuerza, considerando las características particulares del grupo, en especial cuando se trata de NNA,⁴⁷ y aún más cuando respecto de ellos se incluye un factor de interseccionalidad o transversalidad. Los protocolos de actuación de las fuerzas policiales deben contemplar previsiones y medidas especiales para evitar discriminaciones y afectaciones agravadas, en especial respecto de la integridad física de los NNA, respetuosos de la CDN.⁴⁸

a. Contexto del ejercicio del derecho a la protesta por parte de niños, niñas y adolescentes

El protagonismo de la infancia y adolescencia en el proceso de ciudadanía de la política, por medio del ejercicio del derecho a la protesta como forma de participación política, en especial a propósito de los movimientos secundarios, resulta difícilmente cuestionable. Desde el “mochilazo”, en 2001, al “pingüinazo” en 2006, las movilizaciones posicionaron a los y las estudiantes como actores claves de la demanda de la educación concebida como un derecho. Sucesivamente, los movimientos fueron incorporando nuevos actores y una mayor masividad, con la movilización de los estudiantes universitarios en 2011, las asambleas territoriales en 2012 (Freirina, Aysén, Pascua Lama, entre

45 Unicef, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Unicef, Ginebra, 2007, p. 115.

46 Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai: addendum*, 14 de abril de 2014, A/HRC/26/29, párr. 15.

47 En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. 25º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda: *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, 24 de marzo de 2014, A/HRC/25/L.20. “En cuanto reafirma que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la integridad y protección de los niños, en particular cuando ejercen sus derechos a la libertad de reunión, de expresión y de asociación pacíficas, incluso en el contexto de manifestaciones pacíficas”.

48 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre 2019, párr. 165.

otras), y los movimientos más cercanos a nuestros tiempos vinculados a la demanda por NO+ AFP y, en 2018, los movimientos feministas.⁴⁹

Del mismo modo, el violento actuar de las instituciones policiales había sido alertado con anterioridad por el Comité sobre los Derechos del Niño, que miraba con profunda preocupación “la actitud represiva adoptada por el Estado parte para hacer frente a las manifestaciones estudiantiles que tuvieron lugar en 2011-2012 para solicitar cambios en el sistema educativo, y por el uso abusivo de medidas de privación de libertad”.⁵⁰ Por su parte, la Defensoría de la Niñez, durante su primer año de funcionamiento y con anterioridad al *estallido social*, había denunciado que la respuesta del Estado chileno se ha encauzado por medio de la “dispersión de las movilizaciones y manifestaciones estudiantiles, a través del uso desmedido de la fuerza policial, sin implementar con la misma energía el fortalecimiento de las instancias internas de reflexión dentro de los establecimientos en atención a la obligación de escuchar y considerar debidamente las necesidades y demandas que dan origen a las manifestaciones”.⁵¹ La tensión involucraba, por una parte, el ejercicio del derecho a ser oído de los estudiantes sobre sus necesidades, demandas y propuestas y, por otra, a un Estado que ofreció como respuesta a los incidentes dentro de las instituciones educativas, la represión policial y la implementación de la Ley 21.128, “Aula Segura”, en diciembre de 2018, y con ello la posibilidad de expulsión inmediata de los estudiantes de sus establecimientos educacionales.⁵²

Con este telón de fondo, el 18 de octubre de 2019, un centenar de estudiantes se organizaría para evadir de forma simultánea el cobro del pasaje del Metro de Santiago, en un acto de protesta en contra del incremento de 30 pesos en la tarifa, anunciada por el gobierno días antes. La masividad del fenómeno y el hecho de que con posterioridad se sumaran otros sectores de la sociedad, produjo el consecuente colapso del sistema de transporte, observándose al término de la jornada hechos de violencia como la quema y destrucción de estaciones del Metro y mobiliario público, y el actuar represivo por parte de Carabineros. En palabras de la CIDH, “las movilizaciones sociales iniciadas en octubre de 2019 dieron mayor visibilidad a un proceso anterior de reclamo de esta población para exigir sus derechos, vinculado a varios factores, principalmente relacionados con el acceso a

49 Ciper.cl: Columna de Gabriel Salazar, “El ‘reventón social’ en Chile. Una mirada histórica”, 27 de octubre de 2019.

50 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, 30 de octubre de 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5, párrafo. 36.

51 Defensoría de la Niñez, *Situación de niños, niñas y adolescentes en el contexto de estado de emergencia y crisis social en Chile, hasta el 22 de enero de 2020*, p. 9.

52 *Ibid.*

una educación de calidad”.⁵³ Al día siguiente de la masiva protesta, el presidente Sebastián Piñera decretaría Estado de Emergencia y toque de queda. Sin embargo, la cohesión del movimiento con otras de las demandas sociales ya en curso, y la incorporación de otras ciudades del país dieron fuerza a un movimiento que duraría varios meses, y que solo fue apaciguado a partir del acuerdo de un conjunto de fuerzas políticas en torno a un proceso constituyente, y la posterior pandemia del Covid-19.

Como en otras ocasiones, NNA se convirtieron en actores relevantes del impulso y del proceso de movilizaciones de los meses posteriores al *estallido social*. Por su parte, las fuerzas policiales y militares, movilizadas por el gobierno a partir del estado de excepción, hicieron un uso excesivo de la fuerza, con las consecuentes violaciones por parte del Estado de Chile a los derechos humanos de NNA.

b. Las violaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en los informes de organismos de derechos humanos durante el estallido social.

Frente a las demandas levantadas por la ciudadanía, el gobierno y las instituciones encargadas del orden público y seguridad nacional recurrieron al uso excesivo de la fuerza, vulnerando los derechos humanos de NNA, situación que quedó plasmada en los diversos informes de organismos nacionales e internacionales.⁵⁴ Por otra parte, la creación de nuevos delitos y la agravación de algunos ya existentes, situó al derecho penal como eje principal de las propuestas del Ejecutivo y el Legislativo, en respuesta a lo que asume como una conexión directa entre protesta social y delincuencia o afectación del orden público. Esto se agravó luego de un acuerdo entre la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) y el Sename, durante el *estallido social*, para acceder a información de este último organismo que pudiera servir, supuestamente, para proteger el orden institucional.

La extensión del *estallido social* a lo largo del país y la violenta reacción por parte de las Policías y Fuerzas Armadas precipitó la visita, desde octubre de 2019 hasta marzo del presente año, de una serie

53 Comisión Interamericana de Derechos de Humanos, “Comunicado de conclusiones preliminares de visita in loco a Chile realizada del día 25 al 31 de enero”, 31 de enero de 2020.

54 ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile 30 de octubre-20 de noviembre de 2019*; CIDH. cl: “Culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares”, 31 de enero de 2020; Hrw.cl: “Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas”, 26 de noviembre 2019; Amnesty.org: “Política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando”, 21 de noviembre de 2019; Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos. Datos desde 17 de octubre de 2019 e ingresados hasta el 13 de marzo de 2020*; Defensoría de la Niñez y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, *Estudio efecto crisis social en niños, niñas y adolescentes. Presentación de resultados*, mayo 2020.

de organismos internacionales del sistema de protección de los derechos humanos, organizaciones internacionales de derechos humanos, delegaciones parlamentarias, entre otros, que buscaban constatar en terreno el cumplimiento de estándares internacionales en garantía del ejercicio del derecho a la protesta y la proporcionalidad del uso de la fuerza.⁵⁵

Desde el 30 de octubre hasta el 22 de noviembre de 2019, un equipo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) visitó siete regiones del país –Antofagasta, la Araucanía, Biobío, Coquimbo, Maule, Valparaíso y la Región Metropolitana– entrevistando a 235 personas, entre ellas, a 38 NNA. Su informe identifica a los jóvenes, en particular estudiantes secundarios y universitarios, como uno de los grupos más afectados por la represión ocurrida en las protestas. A lo anterior, se adiciona información sobre el hostigamiento y ataques por parte de Carabineros a estudiantes, debido a su papel en las protestas sociales.⁵⁶ Además, la institución utilizó “gases lacrimógenos y armas de perdigones, ingresó a escuelas y universidades en diferentes ciudades del país, a veces interrumpiendo las clases y sin una orden de allanamiento”.⁵⁷

Por su parte, el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en diciembre de 2019, no haría más que ratificar la intensidad de la represión, haciendo eco de lo denunciado por las instituciones nacionales de derechos humanos en torno a las prácticas de Carabineros, asociadas a graves maltratos físicos y verbales, golpizas y hacinamiento de los detenidos en lugares sin ventilación, junto con vejaciones a NNA, recibiendo además denuncias de abusos sexuales respecto de ellos, los que eran golpeados con un bastón en la zona genital y a su vez obligados a desnudarse dentro de la comisaría.⁵⁸ La CIDH describe también el caso de un estudiante que

55 La metodología utilizada para la realización de los informes fue diversa. En cuanto a los informes internacionales, se desarrollaron a partir de entrevistas con autoridades de gobierno, e instituciones como el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Adicionalmente, también se entrevistó a organizaciones de la sociedad civil, operadores del sistema judicial, académicos, asociaciones de estudiantes, víctimas de violencia estatal y Carabineros. Los informes nacionales (Defensoría de la Niñez e INDH), en tanto, recabaron antecedentes directamente desde los centros de detención, centros de salud y en el lugar de las manifestaciones. Además, habilitaron canales de comunicación que permitieron recibir los relatos y denuncias por parte de víctimas, lo que ha determinado la presentación periódica de acciones legales (querrelas) en contra de funcionarios denunciados por hechos de violencia.

56 ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile 30 de octubre-20 de noviembre de 2019*, 2019, pp. 25 y 32.

57 *Ibid.*, p. 26.

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia”, 6 de diciembre de 2020.

habría sido denigrado por su orientación sexual y abusado sexualmente. A la lista se adiciona el caso de un adolescente atropellado por un carabinero en moto de servicio, el disparo de perdigones y lanza gases en dirección al cuerpo de personas y sin previo aviso; lo anterior en presencia de personas adultas mayores, de NNA en hogares familiares, o en las cercanías de puntos de atención de primeros auxilios, de escuelas y guarderías.⁵⁹

Desde el 25 al 31 de enero de 2020, la CIDH realizaría una visita *in loco*, con el propósito de “observar en terreno la situación de derechos humanos a partir de las protestas sociales, evaluando sus causas y consecuencias”.⁶⁰ La visita incluyó las ciudades de Arica, Antofagasta, Santiago, Valparaíso, Concepción, Temuco y Ercilla. En particular, la Comisión visitó el centro Sename Residencia Familiar San Miguel y el CREAD Pudahuel. En su informe, la CIDH observó que el “Estado frente a las movilizaciones se caracterizó por la represión mediante un uso desproporcionado de la fuerza y conductas repetitivas de violencia en contra de manifestantes que resultó en un número elevado de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos”.⁶¹ El informe reiteró lo ya expresado en diciembre de 2019 respecto a las vulneraciones a NNA, al manifestar su preocupación por los actos de represión y el uso de la fuerza por parte de Carabineros al interior de centros educativos. Además, la CIDH recibiría durante su visita testimonios de amenazas, maltratos, privaciones de libertad, uso de gases lacrimógenos y escopeta con balines en perjuicio de niños, niñas y adolescentes indígenas.⁶²

A su vez, dos informes adicionales de organismos no gubernamentales vendrían a complementar la situación reportada por estos organismos internacionales de derechos humanos. El primero de ellos es el informe de *Human Rights Watch*, que describe las graves violaciones a los derechos humanos por parte de miembros de Carabineros, a partir de un “uso excesivo de la fuerza en las calles y abusos en detención, luego de masivas protestas que comenzaron el 18 de octubre de 2019”.⁶³ En detalle, el informe da cuenta de testimonios que señalan a funcionarios de Carabineros actuando de una manera particularmente discriminadora en contra de mujeres, niñas y miembros de la comunidad LGTBIQ+, obligándolas a desvestirse y hacer sentadillas desnudas. Esto último constituye una evidente forma de violencia sexual, cuya

59 *Ibíd.*

60 Comisión Interamericana de Derechos de Humanos: CIDH culmina visita *in loco* a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares”, 31 de enero de 2020.

61 *Ibíd.*

62 *Ibíd.*

63 Human Rights Watch Chile, “Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas”, 26 noviembre 2019, p. 1.

práctica ocurría incluso antes del *estallido* y que se encuentra prohibida por los protocolos institucionales, sin excepciones.⁶⁴

Por su parte, el informe de Amnistía Internacional es aún más categórico, al señalar que “La intención de las fuerzas de seguridad chilenas es clara: lesionar a quienes se manifiestan para desincentivar la protesta”. Consideraron, asimismo, que no se trataría de hechos aislados, sino de un patrón o *modus operandi*, en especial, por parte de Carabineros.⁶⁵ Su reporte habla de tortura y violencia sexual en contra de manifestantes, el uso de violencia contra NNA como forma de dispersión de las protestas, la utilización de perdigones y de gas lacrimógeno, esto último en hospitales, universidades, viviendas y colegios.⁶⁶

A nivel nacional, dos instituciones han informado sobre la situación de NNA durante las manifestaciones en el contexto del *estallido social*, y esos informes se han constituido en insumos adicionales para los reportes de los organismos internacionales. Una de ellas es el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), cuyo reporte cubre lo sucedido entre octubre de 2019 y el 12 de marzo de 2020 (actualizado al 12 de junio y, al cierre de esta edición, en octubre de 2020), presentando datos sobre las acciones judiciales interpuestas por la institución, y la información sobre los recintos policiales, de salud y manifestaciones observadas *in situ* por sus funcionarios.⁶⁷ De acuerdo a los datos proporcionados por la institución a octubre de 2020, el INDH ha interpuesto 468 querellas con víctimas niños, niñas y adolescentes, (de un total de 3.023), siendo 336 de ellos niños y 132 niñas (existiendo 95 casos sin información de edad).⁶⁸

Por su parte, el detalle público de las cifras del INDH a octubre de 2020, señala un total de 492 casos de niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de vulneraciones a sus derechos, respecto de las cuales la institución ha interpuesto alguna acción judicial (339 de ellos niños, 133 niñas, y 20 casos sin información).⁶⁹

64 Human Rights Watch Chile, op. cit., pp. 3 y 19.

65 Amnistía Internacional Chile: “Política deliberada para dañar a manifestantes apunta a responsabilidad de mando”, 21 de noviembre de 2019.

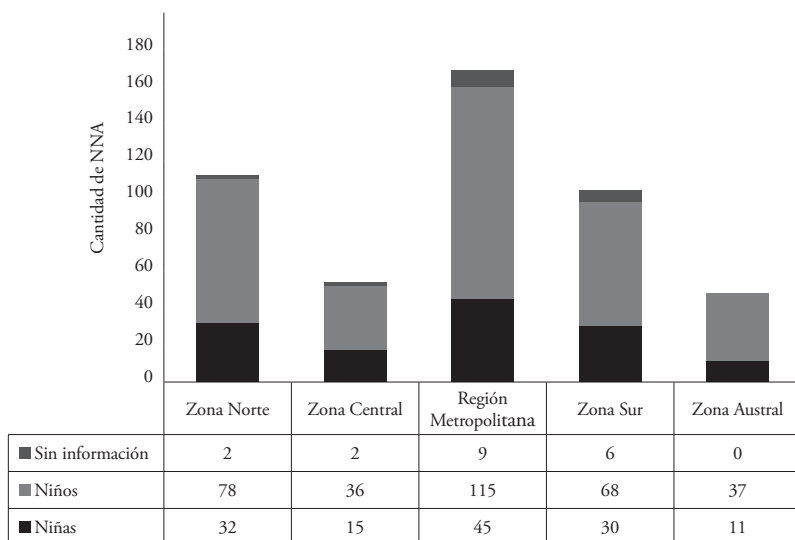
66 *Ibid.*

67 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos. Datos desde 17 de octubre de 2019 e ingresados hasta el 13 de marzo de 2020*, 2020.

68 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Detalle público de cifras INDH* (actualización a octubre de 2020).

69 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Detalle público de cifras INDH* (actualización a octubre de 2020).

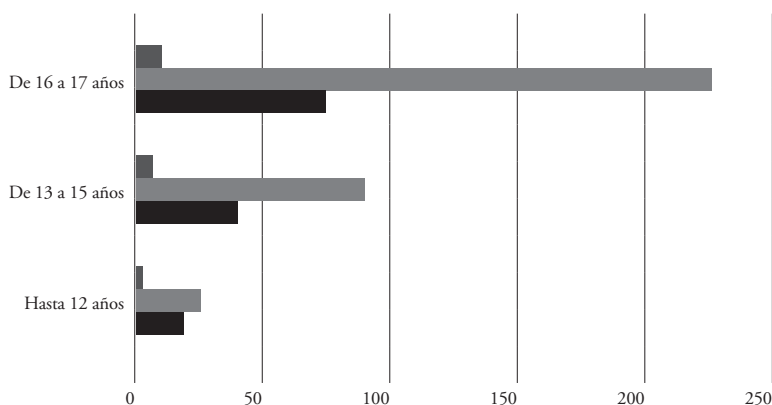
Gráfico 2. Estallido social. Acciones judiciales y víctimas. Estadísticas INDH.



Respecto de su distribución territorial, los datos del INDH señalan que las acciones judiciales y víctimas vinculadas a niños, niñas y adolescentes durante el *estallido social* tuvo su mayor número en la Región Metropolitana, con un total de 169 casos, 115 de ellos niños, 45 niñas y 9 casos sin información de sexo. Luego encontramos a la zona norte, integrada por las regiones de Arica y Parinacota, con 6 casos, Tarapacá con 24 casos, Antofagasta con 18 casos, Atacama con 19 casos y Coquimbo con 45 casos, sumando un total de 112, de los cuales 78 son niños, 32 niñas y 2 casos sin información de sexo. A continuación, la zona sur, conformada por las regiones de Biobío con 56 casos, Araucanía con 20 casos y de Los Ríos con 28 casos, con un total de 104 casos, de los cuales 68 son niños, 30 niñas y 6 casos sin información de sexo. En tanto, la zona central, formada por las regiones de Valparaíso con 22 casos, Libertador Bernardo O'Higgins con 16 casos, Maule con 12 casos y Ñuble con 3 casos, para un total de 53 casos, 36 de los cuales son niños, 15 niñas y 2 casos sin información de sexo. Por último, la zona austral, compuesta por las regiones de Los Lagos con 20 casos, Aysén con 18 casos, y Magallanes y la Antártica chilena con 10 casos, dando un total de 48 casos, de los cuales 37 corresponden a niños y 11 a niñas.⁷⁰

70 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Detalle público de cifras INDH* (actualización a octubre de 2020).

Gráfico 3. Estallido social. Acciones judiciales y víctimas. Según rango etario. Estadísticas INDH.



	Hasta 12 años	De 13 a 15 años	De 16 a 17 años
■ Sin información	3	7	10
■ Niños	25	89	225
■ Niñas	19	40	74

Por su parte, las estadísticas registradas por el INDH según edad, pueden diferenciarse en tres tramos. El primero de ellos se encuentra en el rango que va hasta los 12 años, con un total de 47 acciones judiciales y víctimas NNA, de los cuales 25 son niños, 19 niñas y 3 casos sin información de sexo. En tanto, en el tramo etario que va desde los 13 a los 15 años, encontramos un total de 136 acciones judiciales y víctimas NNA, de los cuales 89 son niños, 40 niñas y 7 casos sin información de sexo. En el último rango, que va desde los 16 a los 17 años, las acciones judiciales y víctimas NNA suman un total de 309 adolescentes, con 225 niños, 74 niñas y 10 casos sin información de sexo.⁷¹

En cuanto a su condición de especial protección, 2 adolescentes son parte de la comunidad LGTBIQ+, 3 migrantes, 4 pertenecen a pueblos originarios, uno se encuentra en situación de discapacidad, y 21 vinculados a la red Sename.⁷² En su mayoría, las acciones judiciales asociadas a NNA víctimas tuvieron como principal vulneración conductas constitutivas del delito de apremios ilegítimos, con 279 casos (198 niños,

71 *Ibid*

72 *Ibid*

70 niñas y 11 casos sin información de sexo); de tortura, con 142 casos (98 niños, 39 niñas y 5 sin información de sexo); vejaciones injustas y violencia innecesaria, con 40 casos (24 niños y 16 niñas)⁷³

En tanto, los NNA detenidos y visitados en centros policiales sumaron un total de 1.580 (1306 niños y 274 niñas), con 487 de ellos en la Región Metropolitana. Aunque sin establecer distinción en cuanto a su edad, el informe alude a las vulneraciones que los observadores del INDH pudieron apreciar en las comisarías (total 2.146), entre las que se encuentran el uso excesivo de la fuerza en la detención, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el acoso o violencia sexual.

De acuerdo al reporte del INDH, desde el 17 de octubre al 19 de marzo de 2020, los NNA visitados por la institución en hospitales ascendió a 288 (239 niños y 49 niñas), con un porcentaje relevante en las regiones de Atacama y Metropolitana. Gran parte de ellos fueron heridos por el uso de armas de fuego (101), destacando como una de las consecuencias más notorias del actuar policial, durante el *estallido social*, la cantidad de personas con heridas oculares, atribuidas “al uso indiscriminado, excesivo y fuera de protocolo de armas de fuego y otros proyectiles”.⁷⁴ Por último, casi en su totalidad, las vulneraciones a los derechos humanos de NNA provienen de Carabineros de Chile.⁷⁵

El segundo informe nacional es el realizado por la Defensoría de la Niñez, sobre la situación de NNA en el contexto del Estado de emergencia y *estallido social* en Chile, hasta el 22 de enero de 2020, aunque actualizado por la institución a través de redes sociales a días de cumplirse un año del inicio de la crisis social. De acuerdo al informe inicial, la Defensoría de la Niñez presentó nueve querellas, dos *amicus curiae*, un recurso de amparo por vulneración de derechos, dos recursos de protección ante los Tribunales de Familia y 130 denuncias al Ministerio Público, además de las acciones administrativas entre las que se menciona el envío de oficios a las instituciones competentes de resguardar los derechos de NNA.⁷⁶ A junio de 2020, la Defensoría registra la existencia de 818 casos de vulneraciones a los derechos de NNA, informados a nivel nacional.⁷⁷

Del total, 178 casos corresponden a octubre, 336 a noviembre y 125 a diciembre de 2019. En tanto, durante 2020, las cifras descienden a 45 en enero, 40 en febrero, 74 en marzo, 10 en abril, 2 en mayo y 8 en

73 *Ibíd.*

74 *Ibíd.*

75 *Ibíd.*

76 Defensoría de la Niñez y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, op. cit. p. 6.

77 Defensoría de la Niñez, *Situación de niños, niñas y adolescentes en el contexto de estado de emergencia y estallido social en Chile, hasta el 22 de enero de 2020*, 2020, p. 22 (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020).

junio.⁷⁸ Resulta relevante el dato estadístico comparativo ofrecido por el informe, donde se señala que con anterioridad al *estallido social* el volumen promedio de casos y requerimientos ingresados a la Defensoría de la Niñez era de 51, con un aumento de un 541% en el número de las atenciones de casos durante el primer mes del *estallido social*.⁷⁹

La información de los casos ingresados por región se encuentra en el siguiente cuadro:⁸⁰

Región	Número de casos Enero 2020	Número de casos Junio 2020
Arica y Parinacota	20	22
Tarapacá	6	8
Antofagasta	18	21
Atacama	1	2
Coquimbo	26	34
Valparaíso	80	140
Metropolitana de Santiago	266	387
Libertador General Bernardo O'Higgins	4	5
Maule	9	8
Ñuble	3	35
Del Biobío	61	31 ^{<=>}
De La Araucanía	54	56
De Los Ríos	3	4
De Los Lagos	17	20
Aysén	27	27
Magallanes y Antártica Chilena	17	18
Total	602	818

En su mayoría, las vulneraciones se produjeron en el contexto de las manifestaciones (53%), mientras que en un porcentaje igualmente considerable se originó mientras NNA realizaban acciones cotidianas no insertas en dicho contexto (26%), a la vez que un porcentaje menor tuvo lugar a partir de la comisión de un eventual delito (15%).⁸¹ Las vulneraciones afectaron mayormente a varones, con un 78%, de los

78 Ibid.

79 Ibid.

80 Defensoría de la Niñez, *Situación de niños, niñas y adolescentes en el contexto de estado de emergencia y estallido social en Chile, hasta el 22 de enero de 2020*, 2020, p.23 (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020).

81 Defensoría de la Niñez, op. cit., p. 27. (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020).

casos y NNA de nacionalidad chilena, con un caso de nacionalidad haitiana, un caso de nacionalidad boliviana, 3 de nacionalidad colombiana, 2 de nacionalidad peruana.⁸²

Respecto del tipo de lesión sufrida por NNA, se registraron 16 casos de lesión por bala, 129 casos de lesiones por perdigón o balín, 17 casos de traumatismo ocular, 365 casos de lesiones físicas por golpes, 64 casos de lesiones físicas por gas pimienta o lacrimógenas y 25 casos de lesiones físicas por otros motivos.⁸³ Existe también registro de 10 casos de trato degradante, 9 de amenazas de cometer delitos de carácter sexual, 13 casos de sentadillas con desnudamiento, 29 desnudamientos, 8 tocaciones y 2 violaciones.⁸⁴ Adicionalmente, el informe señala que en un 92% de los casos, fue un agente perteneciente a la institución de Carabineros el perpetrador de la vulneración a los derechos de los NNA, con un 2% de los casos correspondiente a agentes militares y un 2% a funcionarios de la Policía de Investigaciones.⁸⁵

La información proporcionada por la Defensoría de la Niñez también menciona los casos de vulneraciones correspondientes a NNA vinculados a la red Sename, que ascienden a 416 casos a nivel nacional, es decir, un 51% del total de los casos (818). Estas cifras nos hablan del impacto adicional de las conductas atentatorias de los derechos de NNA en aquellos en situación de vulnerabilidad. A su vez, el 59% del total de los casos vinculados a la red Sename corresponden al área de protección, y un 35% de los casos al área de justicia juvenil.⁸⁶ Resulta relevante mencionar aquí la información proporcionada por el Observatorio para la Confianza, que señala que, a marzo de 2020, el Sename registraba 47 casos vulneratorios de los derechos de niños, niñas y adolescentes bajo protección del Estado, por hechos originados en el contexto del *estallido social*.⁸⁷ En 4 de esos casos, se trataba de niños, niñas y adolescentes que vivían en familias de acogida, mientras que 43 de ellos y ellas vivían en residencias. De estos últimos, 16 sufrieron lesiones a propósito de gases lacrimógenos que cayeron en el patio de una residencia ubicada en Santiago centro. En cuanto a su edad, 18 de los casos corresponden a niños y niñas de menos de 10 años, 16 casos

82 Defensoría de la Niñez, op. cit., p. 24. (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020).

83 *Ibid.*

84 *Ibid.*

85 Defensoría de la Niñez, op. cit., p. 26. (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020). Se registra un 4% de casos sin información sobre la pertenencia institucional del perpetrador.

86 Defensoría de la Niñez, op. cit., pp. 28 y ss. (Cifras actualizadas al 30 de junio de 2020 por la Defensoría de la Niñez, vía twitter, el 16 de octubre de 2020). Con un 6% de los casos sin información.

87 Observatorio para la Confianza, (*Falta de*) *respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes durante el estallido social*, Informe Técnico n° 9, p. 53.

están dentro del rango entre los 12 y 14 años, 24 casos dentro del rango entre los 15 y 16 años, y 22 casos dentro del rango que va desde los 17 a los 18 años.⁸⁸ Por su parte, 21 es el número de casos correspondiente a víctimas de sexo femenino y 26 de sexo masculino.⁸⁹

La magnitud de los datos proporcionados a través del informe de la Defensoría de la Niñez contrasta con el número de acciones judiciales y administrativas presentadas por la institución, que suman un total de seis.⁹⁰ Los hechos que las fundamentan, sin embargo, retratan la magnitud de las violaciones sufridas por NNA, entre las que se mencionan actos de tortura, desnudamiento y sentadillas por parte de funcionarios de Carabineros, quienes a su vez las grababan con sus teléfonos celulares.⁹¹ Se menciona también el ingreso de funcionarios de Carabineros al Liceo Teresa Prat N° 7 de la comuna de Santiago, en noviembre de 2019, quienes realizaron disparos de perdigones al cuerpo de las adolescentes, provocándoles lesiones en las piernas.⁹² Al respecto, es necesario resaltar que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los principios del derecho internacional.⁹³ La excepcionalidad de su uso debe fundamentarse en un riesgo grave para la vida o la integridad física de las personas y cuando no fueran posibles otras medidas menos lesivas para proteger esos derechos, debiendo en su utilización, además, minimizar el impacto cuando se está frente a grupos vulnerables, como en el caso de niños, niñas y adolescentes.⁹⁴ De acuerdo a la CIDH, las tomas en las escuelas son una forma legítima a través de la cual los estudiantes ejercen su derecho a la protesta, dando a conocer a las autoridades sus críticas, demandas y reivindicaciones, en particular cuando no cuentan con otros canales para ello.⁹⁵

Este modo de actuación se repite con una adolescente en Viña del Mar, quien recibe el impacto en su pierna derecha de cinco perdigones, cayendo al suelo y siendo arrastrada por funcionarios de Carabineros para subirla al vehículo policial.⁹⁶ Las vulneraciones continúan

88 *Ibid.*

89 *Ibid.* Todos los casos informados corresponderían a niños, niñas y adolescentes bajo el programa de cuidado alternativo.

90 Defensoría de la Niñez, op. cit., p. 38.

91 *Ibid.*

92 Defensoría de la Niñez, op. cit., p. 39.

93 CIDH, *Relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre 2019, párr. 144.

94 *Ibid.*, párr. 144 y 148.

95 *Ibid.*, párr. 147. También en audiencia temática "Brasil: Protestas estudiantiles en Sao Paulo", 157° Período de Sesiones (abril de 2016).

96 Defensoría de la Niñez, *Situación de niños, niñas y adolescentes en el contexto de estado de emergencia y estallido social en Chile, hasta el 22 de enero de 2020*.

en la comisaría, donde permanece sangrando al interior del calabozo, sin atención médica, siendo insultada y amenazada. En una gran cantidad de casos, el disparo de perdigones a los adolescentes impactó también en su rostro y, más concretamente, en sus ojos, causándoles lesiones, en muchos casos, estallido ocular.⁹⁷ En enero de 2020, el Colegio Médico de Chile cifraba en 360 el número de personas con trauma ocular en el país, 277 de ellas en la Unidad de Trauma Ocular del Hospital del Salvador,⁹⁸ entre las cuales también se encuentran NNA.

En mayo de 2020, la Defensoría de la Niñez presentó un “Estudio sobre los efectos de la crisis social en niños, niñas y adolescentes”, con el propósito de identificar y analizar los efectos del estado de excepción y crisis social. Entre sus reflexiones finales se menciona la presencia de emociones “como el miedo, la rabia y la inseguridad [que] están fuertemente asociadas al actuar del Presidente y Carabineros de Chile”,⁹⁹ con una afectación emocional consistente con una sintomatología post-traumática. A su vez, se identifica una experiencia violenta en todos los tramos etarios, aunque “más proclive en las y los adolescentes, resultado del nivel de involucramiento y participación de las y los adolescentes en las diferentes formas de movilización y protesta social”.¹⁰⁰

c. Detenciones y vulneraciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Datos de las instituciones del Sistema de Justicia Penal durante el estallido social.

La intención de esta parte del capítulo es contrastar la información sobre detenciones y agresiones sufridas por NNA a partir de los datos proporcionados por las instituciones vinculadas al sistema de justicia penal. Sin embargo, la información entregada por las instituciones de ese sistema resultó parcial e incompleta, denotando fragmentación, falta de claridad y transparencia en el manejo de los datos.

De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio Público, de un total de 8.510 casos ingresados al Sistema de Apoyo a Fiscales, 1.315 casos corresponden a NNA.¹⁰¹ Sin embargo, dicha información no ofrece un panorama que distinga entre las diferentes

97 *Ibid.*, p. 42.

98 *Cooperativa.cl*: “Colegio Médico asegura que 360 personas han sufrido trauma ocular desde el inicio de la crisis”, 3 de enero de 2020.

99 Defensoría de la Niñez y Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, *Estudio Efecto Crisis Social en Niños, Niñas y Adolescentes. Presentación de resultados*, mayo de 2020.

100 *Ibid.*

101 Fiscalía Nacional, *Cifras Violencia Institucional 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020*, Informe Unidad Especializada en derechos humanos, violencia de género y delitos sexuales, Fiscalía Nacional, 15 de junio de 2020.

edades de los NNA, su género, el número de víctimas por regiones, ni cuales de los delitos denunciados corresponden a niños, niñas y adolescentes.

En tanto, los datos compartidos por la Defensoría Penal Pública¹⁰² nos ofrecen un panorama total de los adolescentes llevados a control de detención, durante el período entre el 18 de octubre de 2019 y el 31 de marzo de 2020. En ese lapso, se produjo un total de 6.590 audiencias de control de detención, con 7.698 delitos asociados a ellas. De los datos se puede apreciar que, durante el período en análisis, se generó un leve aumento de los adolescentes ingresados a control de detención, con un total de 6.590, correspondiente a un 7,5% del total de ingresos (87.983). Si observamos ese mismo período entre los años 2018-2019, vemos que hubo un total de 6.422 adolescentes ingresados a control de detención, correspondiente a un 6,7% del total de ingresos (96.153). Cifras que, a su vez, mostraban una tendencia a la baja en relación al mismo período en años anteriores.¹⁰³

Resulta interesante detenerse en lo señalado por el Defensor Nacional en cuanto a que “la institución tomó conocimiento de adolescentes que fueron detenidos y golpeados, y posteriormente fueron dejados en libertad, por lo cual no dieron lugar a ingresos penales que pudiera registrar la Defensoría, ya que el Ministerio Público desestimaba las causas y finalmente dichos adolescentes no fueron pasados a control de detención o no fueron citados a audiencia”.¹⁰⁴ El mismo Defensor Nacional hace presente que, a ese porcentaje de información faltante en los registros de la Defensoría Penal Pública, debemos añadir el hecho de que el Ministerio Público no tomó conocimiento de todas las detenciones que afectaron a adolescentes. Esto representa una cifra negra respecto de casos en los que existió una detención por parte de las fuerzas policiales o militares –en la que, además, pudo existir violencia– y que no fueron judicializados, lo que consecuentemente impidió el control de la legalidad de detención por parte de los defensores en los juzgados de garantía.¹⁰⁵

Adicionalmente, la información proporcionada por la Defensoría Penal Pública hace referencia a 1.625 declaraciones de ilegalidad solicitadas por los defensores penales públicos en las audiencias de detención con imputados adolescentes, entre el 18 de octubre de 2019 y el 31 de enero de 2020, correspondiente a un 24.7% del total de 6.590 ingresos

102 Defensoría Penal Pública, *Oficio Institucional N° 330. Responde solicitud por Ley de Transparencia*. Folio AK005T0000647, Santiago, 23 de julio de 2020.

103 Entre el 18 de octubre de 2016 y el 31 de marzo de 2017, las causas con imputados menores de 18 años con control de detención, ingresadas al sistema de registro de la Defensoría Penal Pública sumaban un número de 8.948, correspondiente a un 8,9% del total. Para el período entre el 18 de octubre de 2017 y el 31 de marzo de 2018, el número descendió a 7.699, correspondiente a un 7,8% del total de casos.

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*

de control de detención registrados. En 447 casos las solicitudes, durante ese período, dieron lugar a una declaración de ilegalidad de la detención. De nuevo, los datos no permiten distinguir si las solicitudes de ilegalidad de la detención y las consecuentes declaraciones tuvieron lugar a propósito de causas ligadas al *estallido social*. Por lo demás, durante el período que cubre el *estallido social*, la institución se enfrentó a la necesidad de adoptar medidas especiales, principalmente destinadas a realizar visitas rutinarias en las comisarías, tanto de la Región Metropolitana como en el resto del país, buscando resguardar las garantías legales en torno a los procedimientos de detención y declaración. La institución pudo detectar “algunas situaciones de exceso policial que gatillaron la solicitud de ilegalidad de las detenciones por parte de los defensores, relacionadas a hechos de violencia.”¹⁰⁶

Dentro del periodo que va desde el 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020, del total de adolescentes llevados a audiencia de control de detención, un 60,9% de ellos y ellas (4.015 de 6.590) recibió, al menos, una medida cautelar. En tanto, en 445 casos se decretó la internación provisoria (6,9%). En el marco de estos resultados, también es importante considerar aquellas variables observadas por el Defensor Nacional, en cuanto a que en la mayoría de los casos la formalización estuvo vinculada a simples delitos, lo cual impidió por ley la posibilidad de que se decretara la internación provisoria. Ahora, en los casos en que fue concedida, de todas formas pudo observarse un uso desproporcionado, en especial cuando la persecución penal se fundamentó a partir de delitos de mayor gravedad, en causas que a la fecha se encuentran terminadas o donde la medida cautelar de internación provisoria ha sido sustituida.¹⁰⁷

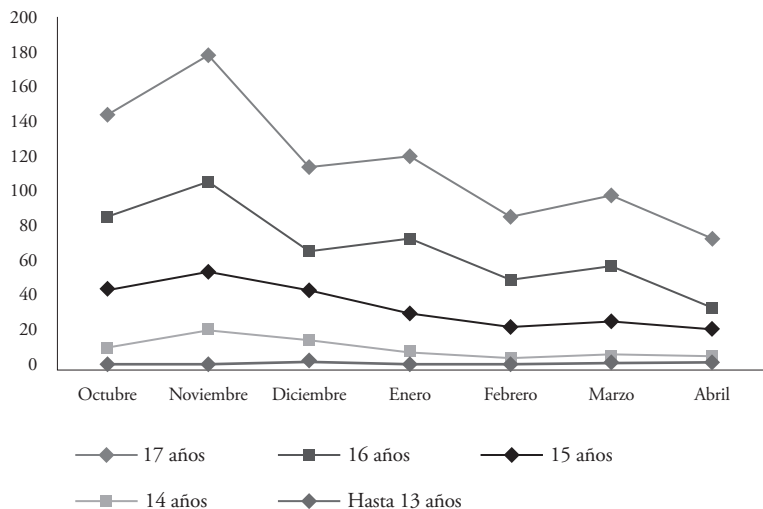
Por su parte, la información proporcionada por el Centro de Análisis Criminal de la Policía de Investigaciones de Chile,¹⁰⁸ indica que la institución, entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de abril de 2020, detuvo en el contexto del *estallido social* a un total de 799 niños, niñas y adolescentes. A continuación, la información desagregada por edades y por meses:

106 *Ibíd.*

107 *Ibíd.*

108 Policía de Investigaciones de Chile, *Sección de Acceso a la Información Pública, Jefatura Jurídica*, 25 de septiembre de 2020.

Gráfico 4. Cifras detenidos según edad. Policía de Investigaciones de Chile.



En su mayoría, se detuvo a adolescentes con más de 14 años, con solo 5 casos por debajo de esa edad (1 persona de 12 años, 4 personas de 13 años). La cantidad de detenciones se va incrementando cuando nos acercamos a la mayoría de edad. Así, los adolescentes de 14 años presentaron un total de 61 detenciones (11 en octubre de 2019, 19 en noviembre de 2019, 13 en diciembre de 2019, 7 en enero de 2020, 3 en febrero de 2020, 3 en marzo de 2020, 5 en abril de 2020). En tanto, los adolescentes de 15 años representaron un total de 166 detenciones (32 en octubre de 2019, 32 en noviembre de 2019, 28 en diciembre de 2019, 22 en enero de 2020, 18 en febrero de 2020, 19 en marzo de 2020, 15 en abril de 2020). En el caso de los adolescentes de 16 años suman un total de 230 detenciones (41 en octubre de 2019, 52 en noviembre de 2019, 22 en diciembre de 2019, 43 en enero de 2020, 27 en febrero de 2020, 31 en marzo de 2020, 14 en abril de 2020). Por último, los adolescentes de 17 años presentaron un total de 337 detenciones (57 en octubre de 2019, 72 en noviembre de 2019, 47 en diciembre de 2019, 47 en enero de 2020, 35 en febrero de 2020, 42 en marzo de 2020, 37 en abril de 2020).

En lo que compete a Carabineros de Chile, para la elaboración del presente capítulo del *Informe* se realizaron dos solicitudes de acceso a la información durante los meses de julio y agosto, motivadas por las declaraciones del OS9 y el Departamento de Análisis Criminal de

dicha institución a la prensa nacional, que situaban en un 11% la cantidad de detenidos menores de 18 años durante el *estallido social*.¹⁰⁹ En ambas ocasiones se negó acceso a la información solicitada por no encontrarse parametrizada. Pese a que indican que existe un programa de seguridad integrada (PSI) 24 horas, el cual entrega dicha información conforme a once categorías de delitos, se señala que no existiría un filtro relacionado a “*estallido social*”.¹¹⁰ De igual forma, cabe indicar que ambas solicitudes debieron realizarse por un medio extraordinario diferente al formulario de la web de transparencia de la institución.¹¹¹

Adicionalmente, se solicitó a la Subsecretaría del Interior información sobre el número de querellas patrocinadas por el Ministerio del Interior en contra de personas menores de 18 años, presentadas durante el período que va desde el 18 de octubre de 2019 al 1 de marzo de 2020. La información entregada solo fue capaz de señalar de forma general, sin referencia al total de querellas presentadas, un número de 305 querellas invocando la Ley de Seguridad del Estado (Ley 12.927), 218 en la Región Metropolitana y 87 en regiones, reconociendo explícitamente que la información solicitada no se encuentra diferenciada por edad o género. Esto resulta preocupante debido a dos razones. Por una parte, demuestra que la edad no resulta ser un criterio de diferenciación en la extensión e intensidad de la demanda punitiva del gobierno. Por otra parte, resulta preocupante que no exista claridad desde el gobierno acerca de los datos existentes respecto de sus querellas, en especial si se considera que entre las medidas de la “Agenda Seguridad y Paz Social” publicitada en su página web destaca la “Creación de un equipo especial de abogados para la interposición de querellas criminales y tramitación de causas penales”, cuyo estado de avance a la fecha de la presentación de la solicitud de acceso a información vía transparencia se encontraba como “terminado”.¹¹²

d. La participación política a los ojos del gobierno: la supuesta conexión directa entre protesta social y delincuencia, y el retrato de la delincuencia como vulnerabilidad.

En respuesta al *estallido social*, el gobierno de Sebastián Piñera propuso una agenda programática legislativa denominada “Agenda de

109 Entre otros, El Mercurio: “Detenidos en dos crisis: jóvenes, con estudios medios y mayor presencia de mujeres en el *estallido social*”, 26 de junio de 2020.

110 Responde solicitudes por Ley de Transparencia: Folio AD009W0052042, Santiago, 02 de julio de 2020, y Folio AD009W 0052989, Santiago, 25 de agosto de 2020.

111 En ambas ocasiones la página web de transparencia de Carabineros de Chile se encontraba caída y no permitía enviar la solicitud de formulario de transparencia, indicándose en la parte inferior de la misma la necesidad de escribir al mail contacto.gobierno-transparente@carabineros.cl.

112 Gobierno de Chile, “*Agenda de seguridad y paz social*”, noviembre de 2019.

Seguridad y Paz Social”,¹¹³ buscando “fortalecer la eficacia del Estado, de las Fuerzas de Orden y Seguridad, y del resto de las instituciones que colaboran a resguardar el orden público”.¹¹⁴ En términos generales, las diez propuestas del gobierno apuntan a entregar mayores facultades a estas instituciones, además de tipificar nuevos delitos y agravar las penas de algunos ya existentes, recurriendo para ello al derecho penal. Esto con la elaboración de normativas que confunden el ejercicio del derecho a la protesta con alteraciones al orden público, asumiendo la existencia de un vínculo ineludible, automático entre ambas situaciones, restringiendo el contenido esencial de este derecho y abarcando ámbitos difícilmente conciliables con el carácter excepcional que los tratados internacionales de derechos humanos les otorgan a las restricciones a estos derechos.¹¹⁵ Esta supuesta conexión directa entre protesta social y delincuencia impacta también la situación de NNA, en especial si, como hemos mencionado, han resultado ser actores relevantes en las marchas y dentro de los movimientos sociales. En este sentido, la criminalización de los NNA termina no solo excluyendo la posibilidad de que sean escuchados, sino, además, agudizando la situación de estigmatización y vulnerabilidad de aquellos más abandonados.¹¹⁶

Además, desde la mirada del gobierno, parecería existir una conexión directa entre delincuencia y situación de vulnerabilidad, en concordancia con una perspectiva respecto a la infancia que continúa anclada en el modelo tutelar, basado en la situación irregular. Una prueba de lo anterior es que, el 21 de febrero de 2020, en un contexto marcado por el *estallido social*, se celebró entre la Agencia de Inteligencia Nacional (ANI) y el Sename un acuerdo con el objeto de “facilitar a la ANI el acceso a información que posee el SENAME que es relevante y pertinente para producir inteligencia y efectuar apreciaciones globales y sectoriales según las facultades que la ley ha otorgado a la ANI”.¹¹⁷ Resulta evidente que el acuerdo constituye una

113 *Ibid.*

114 Canal 13: “Ley antisaqueos y protección a policías: las medidas de seguridad anunciadas por Piñera”, 7 de noviembre de 2019.

115 Véase la Ley 21.208, denominada “Ley Antisaqueos”, que modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica, publicada en el Diario Oficial el 30 de enero de 2020. Así también, el proyecto de ley que establece el ocultamiento de la identidad como tipo penal, circunstancia agravante y caso de flagrancia, ingresado el miércoles 4 de septiembre de 2019, iniciado en moción de los senadores Kast, Allamand, Harboe, Insulza y Pérez, que establece el ocultamiento de la identidad como tipo penal, circunstancia agravante y caso de flagrancia. Boletín 12.894-07.

116 CIDH. *op. cit.*, prólogo.

117 Resolución Exenta No 601, del 21 de febrero de 2020, que aprueba el convenio de colaboración y coordinación suscrito con la Agencia Nacional de Inteligencia.

vulneración del derecho a la privacidad de NNA, protegido por el artículo 15 de la CDN. También es desconcertante, en el contexto del *estallido social*, que se pretenda almacenar información proveniente del Sename, por parte de una Agencia que tiene por misión labores de inteligencia y contrainteligencia para la seguridad del Estado y la defensa nacional.¹¹⁸ Iniciativas de esta clase no hacen más que estigmatizar y criminalizar la situación de NNA de la red Sename, siendo formalmente tratados “de la misma manera como se trata a grupos terroristas u organizaciones criminales transnacionales”.¹¹⁹

Si bien se puso término al convenio en el mes de abril del presente año, con la posterior renuncia de la entonces directora nacional del Sename, Susana Tonda, se desconoce qué datos fueron entregados a la ANI durante el tiempo en que el convenio estuvo en vigencia. Este episodio suma, a la incapacidad del Sename para resguardar la integridad de quienes están a su cuidado, la vulneración de la privacidad y la agudización del estigma de la institucionalización de los NNA, a través de un acuerdo que no se orienta en ningún caso a la protección de aquellos.

CONCLUSIONES

1. El *estallido social* tuvo su primer impulso en el accionar de los estudiantes, dando cuenta de que, durante los últimos años, los NNA han cobrado un rol en la protesta social, lo cual implica niveles de empoderamiento y el ejercicio del derecho a la participación en el ámbito de las demandas sociales y políticas.
2. El *estallido social* dio cuenta de un hastío desde la sociedad respecto a las deudas del Estado con respecto a la infancia más vulnerable. Este sentimiento se reflejó en pancartas con la consigna “No + Sename” y puso en evidencia que la sociedad está consciente de las faltas del Estado respecto a la infancia más vulnerada y que ya no hay espacio para continuar fallando en esta materia.
3. Las deudas del Estado respecto a la infancia son muchas, pero hay dos muy relevantes: a) La inexistencia de una Ley de Garantía y Protección Integral y b) la perpetuación de una institución como el Sename que no solo no ha dado respuestas, sino que ha vulnerado sistemáticamente el derecho de niños y

118 En este sentido, INDH.cl: “INDH y convenio ANI-Sename: ‘Qué tiene que ver el interés superior del niño con la ANI, dedicada a las labores de inteligencia de grupos criminales’”, 22 de abril de 2020.

119 DiarioUChile: Convenio ANI-Sename: ¿Criminalización de la Primera Línea a través de niños, niñas y adolescentes? 22 de abril 2020.

- niñas y adolescentes que se encuentran separados de sus familias y bajo el cuidado del Estado.
4. Existe una obligación del Estado de reparar a NNA que fueron vulnerados, física, sexual y psicológicamente mientras estuvieron en el sistema residencial, es decir, bajo el cuidado del Estado, el cual no solo no los protegió sino que, además, fue un actor en la violación de esos derechos, considerada una “violación sistemática”, de acuerdo a lo señalado por el Comité de Derechos del Niño en su informe de 2018. Por consiguiente, la reparación de estos NNA debe ser asumida por el Estado de Chile
 5. No hemos sido capaces de avanzar en un cuidado alternativo que privilegie, más que la institucionalización, la vida en familia a través del acogimiento familiar, opción que garantiza de mejor manera la protección y el debido cuidado de NNA. Si bien ha aumentado el cuidado a través de familias de acogida, el sistema aún requiere una mejor regulación, un mejor proceso de evaluación de las familias y un financiamiento adecuado.
 6. Hace cinco años la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad la idea de legislar el proyecto de Ley de Garantías de Derechos de la Niñez. Al cierre de este *Informe* continúa sin ser aprobado pese a los numerosos argumentos que dan cuenta de lo fundamental que es contar con esta ley. Urge entonces esa reforma integral que asegure coherencia doctrinaria y sistémica a la normativa, y cuyo eje central debiese ser desarrollar una legislación e institucionalidad que garanticen a todos los NNA su desarrollo integral a través del disfrute y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad. Se debe establecer para ello mecanismos de garantía, tanto de carácter normativo como institucional, programático y presupuestario. De lo contrario, en este ámbito, continuaremos siendo un país en que los derechos son mayoritariamente declarativos. En razón de lo anterior, la aprobación del Nuevo Servicio de Protección de la Niñez no es suficiente porque se requiere una reforma estructural del sistema. Además, la concepción de “garantía” está ausente y eso es complejo, ya que implica no entender el rol que debe cumplir el Estado respecto de niños, niñas y adolescentes.
 7. A todo esto, se suma una pandemia que nos ha golpeado como país, que tendrá profundas consecuencias económicas y sociales y que, además, ha dejado en evidencia las enormes brechas existentes. Es muy probable que en la post pandemia aumente la pobreza y la vulnerabilidad, lo cual impactará particularmente a los NNA. Durante la pandemia volvió a estar

ausente una mirada inclusiva y de derechos de los NNA, y las discusiones se centraron en si volvían o no a clases, pero no consideraron las aristas vinculadas a la infancia de cada una de las medidas y políticas, como las cuarentenas, el encierro de NNA, el verdadero acceso a la educación más allá de las clases presenciales, etc. A nivel país, los presupuestos que estaban orientados a subsanar temas vinculados a la infancia están siendo redestinados a cubrir esta crisis sanitaria y la priorización de otras carencias volvió a dejar a los NNA fuera de la agenda de políticas públicas.

8. Niños, niñas y adolescentes han sido actores relevantes del impulso y del proceso de movilizaciones en nuestro país. Por esta razón, el Estado debiera garantizar el ejercicio de su derecho a la participación política, consagrado en el artículo 12 de la CDN y, además, generar la apertura de espacios formales o institucionales para hacerlos partícipes de todas las decisiones que les afecten.
9. En respuesta al ejercicio de la participación política de NNA, el Estado de Chile y sus instituciones encargadas del orden público y seguridad nacional recurrieron a un uso excesivo de la fuerza, vulnerando sus derechos humanos. Esta realidad quedó plasmada en los informes de organismos internacionales y nacionales, que retrataron la violencia sufrida, en muchos casos de carácter sexual, las vejaciones y torturas durante las detenciones y, en especial, los traumas oculares provocados a NNA. En su mayoría, estas violaciones a los derechos humanos de los NNA fueron ejecutadas por miembros de Carabineros, práctica violenta que, además, se ha extendido en el tiempo, especialmente a partir de las protestas estudiantiles.
10. El acceso a información sobre la situación de NNA, desde las diversas instituciones estatales intervinientes durante el *estallido social* resulta dificultoso y, cuando se entrega, se trata de información fragmentada e incompleta. En muchas ocasiones, la información acerca de la situación de niños, niñas y adolescentes se contempla como una variable única, que no permite ser desagregada en otras dimensiones, como sexo, migrantes, pueblos, originarios, entre otras. Asimismo, en ocasiones la entrega de información es denegada, lo que indica problemas de transparencia y carencias en las posibilidades de control para un efectivo acceso a la justicia.
11. Continúa existiendo una mirada basada en la situación irregular, que asimila el estado de abandono o vulnerabilidad del NNA con la del infractor de ley penal, como si se tratara de una misma situación de riesgo. Prueba de ello fue el Convenio

ANI-Sename, que permitió recolectar datos de NNA vinculados a la red Sename, con el objeto de ser utilizados en labores de inteligencia. La celebración del convenio es en sí misma reprochable, toda vez que vulnera el derecho a la protección de la privacidad de niños, niñas y adolescentes consagrado en la CDN (artículo 16). El hecho de que se haya producido dentro del contexto del *estallido social* refuerza el estigma y el carácter criminalizante y discriminatorio de dicho acuerdo para los derechos de los NNA vinculados a la red Sename.

RECOMENDACIONES

1. Es imprescindible la promulgación de la Ley de Garantías de Derechos de la Niñez que sirva de marco para la nueva institucionalidad del Servicio de la Niñez y el Servicio de Reinserción y, asimismo, que se convierta en un punto de referencia central para toda la regulación sobre el tema, en concordancia con los tratados internacionales suscritos por Chile.
2. Reforzar el principio del Estado garante. La CDN establece orientaciones en torno al rol que debe tener el Estado con respecto a la promoción y protección de los derechos de los NNA, considerando que se adecúa mejor un rol de garante más que de subsidiariedad y privatización del sistema. Es preciso tener cautela en la regulación de la provisión mixta del sistema chileno ya que el Estado no puede omitir los deberes comprometidos en la CDN, específicamente, respecto del principio de protección y de efectividad de los artículos 3.2 y 4, según lo ha puesto de manifiesto el reciente informe del Comité.
3. En relación al nuevo Servicio de Protección de la Niñez aprobado a fines de Octubre del presente año, es preciso señalar que resultará clave una correcta instalación de esta nueva institución. En este contexto, es relevante que ese Servicio implemente un sistema de registro integral de niños, niñas y adolescentes, donde se pueda encontrar la información que permita realizar intervenciones eficientes y eficaces para NNA, lo que finalmente se traducirá en el efectivo ejercicio de derechos y su debida protección. Esto, por supuesto, con el adecuado resguardo del manejo de sus datos para no repetir aberraciones como el convenio ANI - SENAME . Asimismo, es necesario contar con un sistema de información, seguimiento y monitoreo que supere todas las deficiencias que hoy presenta el Senainfo. También, es preciso desarrollar un sistema de supervisión eficiente, con

un consejo de expertos independiente, sin conflicto de interés, que supervise la oferta y calidad de los programas, y vele por el cumplimiento de estándares y otras materias.

4. Coordinación a nivel local entre las instituciones que están a cargo directamente de los NNA, como las residencias, juzgados de familia, consultorios de salud, sistema educativo, etc. Priorización efectiva en la atención de NNA en los órganos públicos para darles atención prioritaria en el sistema de salud, de educación, etc.
5. Asegurar que, durante las manifestaciones, los NNA puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica, sin riesgos desproporcionados en torno a la integridad de sus derechos humanos. Para ello, se debe garantizar de manera efectiva que las instituciones de orden público y seguridad actúen en respeto de los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza, priorizando métodos no violentos y las medidas específicas de protección respecto de NNA. Si bien es preciso recalcar la obligación del uso moderado de la fuerza, el llamado actual es a una reforma sustancial de la institución policial.
6. Promover reformas estructurales que aseguren un actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad regido por los principios rectores de supervisión civil, monitoreos independientes de sus actividades, transparencia, acceso a información y rendición de cuentas. Insistir en la capacitación continua en el respeto de los derechos humanos, incluyendo una perspectiva de género, y el uso prioritario de medios no violentos “para la gestión de asambleas y tácticas de reducción de hostilidades”.¹²⁰
7. Es necesario que los sistemas de registros de las instituciones en contacto con NNA garanticen una información recopilada de forma íntegra, oportuna y desglosada que, con los resguardos en torno a la protección de su intimidad, sea fácilmente accesible, en especial en aquellos casos en que la interacción se produce a propósito del derecho penal, o cuando el Estado asume una posición de garante sobre el cuidado y protección de NNA. Para ello, es fundamental disponer de mecanismos coordinados de recopilación y sistematización de la información sobre las violaciones de derechos humanos, las investigaciones realizadas, las querellas presentadas y las sanciones establecidas, impulsados por las instituciones de derechos humanos. Es de particular interés, en este plano, el papel de la Defensoría de la Niñez, con participación activa del Poder

120 En este sentido, las recomendaciones de ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile 30 de octubre-20 de noviembre de 2019*, 2019, p. 33.

Judicial, del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, de manera que la información se presente de forma transparente, evitando su entrega fragmentada. El acceso a la información y a la justicia deberían ser sus principios rectores.

8. Asegurar el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones a los derechos humanos, con una investigación guiada por una debida diligencia, con especial énfasis en casos de tortura y violencia sexual, y proporcionándole al NNA el acceso gratuito a un abogado que lo represente en su interés superior, asegurando su derecho a ser oído, y evitando su revictimización. Los NNA víctimas de violaciones a los derechos humanos deben ser reparados y reparadas de forma integral.
9. Establecer mecanismos de actuación coordinada entre las instituciones de derechos humanos –en particular el INDH y la Defensoría de la Niñez– y las instituciones que interactúan con niños, niñas y adolescentes, con el fin de salvaguardar interinstitucionalmente los derechos de NNA, optimizando recursos y potenciando los mecanismos preventivos por sobre los reactivos. En el caso de la Defensoría de la Niñez, la coordinación con otras instituciones durante el *estallido social* debiera servir de experiencia en torno a impulsar mecanismos o convenios de colaboración, de manera de privilegiar un rol preventivo. Sin embargo, para ello resulta relevante reforzar su carácter y actuar institucional, y que cuente con recursos adecuados para el cumplimiento de su mandato, y una presencia efectiva en todas las regiones del país.
10. Creemos que es necesario abandonar la visión tutelar acerca de la situación de NNA, y abrazar finalmente un enfoque basado en sus derechos, enraizado en la CDN, comprendiendo que son personas titulares de derechos y que, por su especial situación de vulnerabilidad, requieren por parte del Estado de una protección reforzada de sus derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la participación política.
11. Por último, de cara a un eventual proceso constituyente, es imprescindible que se considere la participación de NNA en esa instancia. Además, la nueva Constitución debe incluir dentro de las garantías constitucionales, explícitamente, los derechos de la infancia y adolescencia, estableciendo principios rectores como el interés superior del niño, entendido como una consideración primordial, el derecho a la participación, el derecho a la Vida el desarrollo y la supervivencia y, por supuesto, el derecho a la protección. Todos estos derechos están contenidos en la CDN, pero al darles carácter constitucional su jerarquía

sería indiscutible y establecería directrices que hoy en día son fundamentales para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes del país.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: RESPUESTA DEL ESTADO DE CHILE A SUS COMPROMISOS CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

**Miguel Órdenes González
Liliana Ramos Abadie¹**

1 Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales. Se agradece la colaboración de Víctor Fuentes Ahumada y Franco Luco Vera, quienes se desempeñaron como ayudantes para el desarrollo del presente capítulo.

SÍNTESIS

El capítulo realiza un análisis del grado de avance de las recomendaciones relativas a garantizar el derecho a la educación, efectuadas en nuestro *Informe* entre 2014 y 2019. A partir de este análisis, se profundiza en las causas que determinan el tratamiento que el Estado de Chile ha dado al derecho a la educación, considerando la orientación de las políticas educativas implementadas desde los ochenta. El capítulo aporta al debate respecto del derecho a una educación de calidad para todos los niños, niñas y adolescentes, una de las demandas centrales que la sociedad chilena ha reclamado en los últimos años y una de las temáticas nucleares asociadas al llamado *estallido social* iniciado en octubre de 2019. Asimismo, se analiza el rol del Estado en el aseguramiento del derecho a la educación durante la pandemia que hemos experimentado durante 2020.

PALABRAS CLAVE: derecho a la educación, recomendaciones 2014-2019, sistema educativo, estallido social, pandemia.

INTRODUCCIÓN

En el periodo comprendido entre octubre de 2019 y julio de 2020, el sistema educativo chileno, así como toda la sociedad, ha sido golpeado severamente por dos crisis sin precedentes: el llamado *estallido social*, una crisis política-económica de alcance nacional, y la *pandemia* causada por el virus Covid-19, la cual nos mantiene en una emergencia global. Ambas crisis han puesto de rodillas al sistema educativo, extremando sus condiciones de desigualdad, segregación y falta de justicia.

El *estallido social*, iniciado el 18 de octubre de 2019, se ha caracterizado por manifestaciones masivas en todas las regiones del país, expresión del malestar ciudadano frente al manejo de asuntos fundamentales, tales como el sistema previsional, la salud y la educación. Por su parte, la pandemia ha impactado severamente a la población más vulnerable, con pérdida de empleo, hambre y falta de acceso a salud y educación. Como señala Fernanda Arriaza de la ONG TECHO, “son los pobres en los campamentos los que están viendo la cara más dura de esta crisis, porque se ha recrudecido su estado vulnerable: falta de acceso a servicios, a vivienda, a oportunidades de empleo”².

A pesar de la crudeza de las crisis mencionadas, estas no constituyen las causas de los resultados que está exhibiendo el sistema educativo chileno en el medio de este convulsionado contexto. Más bien, representan *estresores* que han intensificado la producción de magros resultados de un sistema que tiende a generar injusticia y desigualdad. De hecho, previo a estas crisis, los estudios sobre el sistema educativo chileno han dejado en evidencia enormes desigualdades en la distribución de oportunidades de inclusión para los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) del país, así también niveles récord de segregación y de resultados estratificados en los logros de aprendizaje, tanto a nivel

2 DW: “Chile en la crisis del COVID-19: ¿Por qué un país modelo parece hundirse en el caos?”, 26 de mayo de 2020.

nacional como internacional.³ Estos resultados no son nuevos, aunque se han visto intensificados a causa de la presión ejercida tanto por la toma de conciencia colectiva durante el *estallido social* como por la crisis económica que se ha desencadenado a partir de la pandemia. En esta línea, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha expresado que las desigualdades en el ámbito educativo en diversos países se han exacerbado durante la pandemia y que, en el caso de Chile, persiste una significativa segregación socioeconómica (2020).⁴

Dada la consistencia y sistematicidad de los resultados alcanzados por el sistema educativo chileno en el nivel escolar, este capítulo se centra en identificar qué aspectos de su organización tienden a generar los resultados que alcanza dicho sistema, tanto en situaciones de estabilidad como de crisis, incluyendo la experiencia de estrés severo vivida en el último año. En este sentido, se considera que los resultados desiguales constituyen una consecuencia y evidencia de vulneraciones directas o indirectas a los derechos humanos de los NNA de nuestro país.

En síntesis, el capítulo incluye la presentación de los estándares internacionales de derechos humanos en educación; revisa el estado de avance de las recomendaciones y los desafíos pendientes en materia educacional de los últimos seis *Informes* UDP. Luego, en base a la evidencia construida, se analizan aspectos sobre la organización y funcionamiento del sistema educativo, estableciendo la relación con el contexto de crisis que vive el país, desde octubre de 2019 a junio de 2020, y evaluando su capacidad para dar respuesta a los estándares presentados. Finalmente, se entregan conclusiones y recomendaciones.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EDUCACIÓN

Los estándares internacionales de derechos humanos en educación se fundamentan en instrumentos ratificados y vigentes en Chile y que, por lo tanto, forman parte de su ordenamiento jurídico interno de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República. Con el propósito de facilitar el desarrollo y comprensión de este capítulo, se presentarán estándares agrupados en dimensiones que iluminarán la evaluación de los avances de las recomendaciones efectuadas en materia de educación por los *Informes* entre 2014 y 2019. De esta forma, pretendemos orientar el desarrollo de un análisis crítico del sistema educativo, que posibilite una reflexión

3 Natalia Krüger, "La segregación por nivel socioeconómico como dimensión de la exclusión educativa: 15 años de evolución en América Latina", *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 27(8), 2019.

4 Unesco, *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020* (Informe GEM 2020).

profunda en torno a sus desafíos dramáticamente visibilizados a partir del 18 de octubre de 2019, y con la crisis social generada por la pandemia del coronavirus en 2020.

Las dimensiones utilizadas para ordenar los estándares son las siguientes:

- **Acceso y permanencia:** que incluye estándares referidos al acceso de todos los NNA a un sistema escolar asequible y gratuito, que brinde información y orientación de fácil acceso, fomente la asistencia a clases y evite la deserción escolar.
- **Propósito de la educación:** que incorpora estándares que hacen referencia al sentido de la educación como una oportunidad para el desarrollo integral del ser humano, en un marco de respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales, la identidad y diversidad cultural, y el cuidado del medio ambiente natural.
- **Inclusión y no discriminación:** referida a estándares que garantizan el derecho a la educación en igualdad de oportunidades, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición.
- **Currículo:** que incluye estándares referidos a las bases curriculares oficiales y a los recursos educativos que ofrece el Estado para el desarrollo de conocimientos, habilidades y actitudes acordes con los propósitos de la educación, desde el enfoque de los instrumentos de derecho internacional y con los principios de inclusión y no discriminación.
- **Libertad de enseñanza:** referida a las condiciones en que debe darse este principio en relación con el derecho a la educación.

Por su parte, los instrumentos de derecho internacional a ser considerados son:

- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Chile en agosto de 1990.⁵
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), suscrito por Chile en 1969.⁶
- Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPcD), suscrita y ratificada por Chile en 2008, así como su protocolo facultativo.⁷

5 ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989.

6 ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966.

7 ONU, *Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad*, 2006

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), promulgada por Chile en 1989.⁸
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará),⁹ promulgada por Chile en 1998.
- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,¹⁰ adoptada por Chile en 2015.
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,¹¹ promulgada por Chile en 2005.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que contó con el voto de Chile en 2007.¹²
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,¹³ ratificado por Chile en 2008.
- Principios de Yogyakarta relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en el ámbito de la orientación sexual e identidad de género.¹⁴ Cabe señalar que Chile se comprometió a utilizar estos principios como guía en la formulación de sus políticas en el Examen Periódico Universal de la ONU de 2009.

A continuación, se presentan los estándares internacionales de derechos humanos en educación, organizados bajo las dimensiones nombradas.

1.1 Dimensión acceso y permanencia

Todos los NNA tienen derecho a la enseñanza primaria obligatoria, asequible y gratuita, y deben tener la opción de acceder a la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y técnica. Asimismo, todo NNA debe disponer de información y orientación accesible en cuestiones educacionales. Es preciso adoptar medidas que fomenten la asistencia a la escuela y reduzcan la deserción escolar.¹⁵

En el caso de las/os estudiantes con discapacidad, el Estado debe asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles y la educación debe darse en la comunidad en la que estos vivan.¹⁶

8 ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 1979.

9 OEA, *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, 1994.

10 ONU, *Agenda para el Desarrollo Sostenible y Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015.

11 ONU, *Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 1990.

12 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007.

13 OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 1989.

14 *Principios de Yogyakarta*, 2007.

15 *Convención de los Derechos del Niño*, art. 28; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Parte III, art. 13.

16 *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, art. 24.

Por su parte, las/os estudiantes pertenecientes a pueblos indígenas, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, deben tener acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.¹⁷ Asimismo, hijos/as de trabajadores migratorios gozarán del derecho de acceso a la educación y no podrá denegarse o limitarse su acceso a la educación preescolar o a escuelas públicas por la situación irregular de permanencia o empleo de sus padres.¹⁸

1.2 Dimensión propósito de la educación

El propósito de la educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y sentido de su dignidad, desarrollando al máximo las aptitudes, capacidad mental y física de los NNA. A su vez, tiene que promover el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; el respeto a los padres, a la propia identidad cultural, idioma, valores nacionales del país en que se vive, del país de origen y de otras civilizaciones; formando personas capaces de desenvolverse en una sociedad libre y favoreciendo la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y grupos raciales, étnicos o religiosos. Además, la educación debe inculcar el respeto por el medio ambiente natural.¹⁹

1.3 Dimensión inclusión y no discriminación

La educación es un derecho que debe ser garantizado sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del NNA, sus padres o representantes legales.²⁰

Respecto de las mujeres, se deben asegurar condiciones de igualdad con los hombres, garantizando el acceso a los mismos programas de estudios, exámenes, nivel profesional del personal docente, locales y equipos escolares.²¹ En la misma línea, deben asegurarse las condiciones para eliminar la discriminación contra la mujer, con el propósito de garantizar la igualdad de derechos con los hombres en la esfera de la educación.²² Asimismo, las mujeres tienen el derecho a ser valoradas y educadas, libres de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.²³

17 *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas*, art. 14.

18 *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Parte III, art. 30.

19 *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 29); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Parte III, art. 13.

20 *Ibíd.*

21 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Parte III, art.10.

22 *Ibíd.*

23 *Convención Belém Do Pará*, art. 6.

En el caso de las/os estudiantes con discapacidad, la educación debe darse en igualdad de condiciones, garantizada a través de la entrega de los apoyos adecuados en el marco del sistema general de educación.²⁴

A su vez, se deben adoptar medidas legislativas y administrativas para garantizar el acceso a la educación y la no discriminación del NNA por motivos de orientación sexual o identidad de género, y para que los establecimientos educativos aborden la disciplina en forma compatible con la dignidad humana, eliminando discriminaciones y castigos originados por la identidad de género, orientación sexual o la expresión de ambas condiciones.²⁵

Respecto de los pueblos indígenas, particularmente NNA, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación.²⁶ De igual forma, hijos/as de trabajadores migratorios deben gozar del derecho de acceso a la educación en igualdad de trato con los nacionales del Estado que corresponda.²⁷

Cabe señalar que, de acuerdo a la Observación General N°13 del Comité DESC, la prohibición de discriminación se debe aplicar en forma plena e inmediata a todos los aspectos de la educación, abarcando la totalidad de los motivos de discriminación rechazados internacionalmente, no estando supeditada a una implementación gradual o a los recursos disponibles.²⁸ En este mismo sentido, la Observación General N°20 del mismo comité, establece que los Estados deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas, para asegurar la erradicación de cualquier forma de discriminación en el ejercicio de los derechos definidos en el Pacto. Finalmente, se determina que quienes integren alguna de las categorías afectadas por uno o más motivos prohibidos de discriminación, deben participar en los procesos de toma de decisión de esas medidas.²⁹

1.4 Dimensión currículo

El currículo ha de ser entendido como “la expresión y concreción del plan cultural que la institución escolar hace realidad dentro de unas determinadas condiciones que matizan ese proyecto”.³⁰ De esta manera, el currículo se materializa en contenidos culturales que las instituciones educativas promueven entre quienes las frecuentan, así como en los efectos que tales contenidos provocan en sus receptores.³¹ En este marco, el currículo escolar debe fomentar los propósitos de la edu-

24 *Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, art. 24.

25 *Principios de Yogyakarta*, Principio 16.

26 *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas*, art.14.

27 *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Parte III, art. 30.

28 Comité DESC, OG 13.

29 Comité DESC, OG 20.

30 José Gimeno Sacristán, “¿Qué significa el currículum?”, *Sinéctica*, 34, 2010.

31 *Ibid.*

cación planteados por los instrumentos de derecho internacional así como la inclusión y no discriminación de ningún NNA. De acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, se pueden establecer los siguientes estándares en torno al currículo:

- Debe fomentar en todos los niveles del sistema educativo una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad.³²
- Debe promover el aprendizaje de habilidades para la vida y el desarrollo social, para propiciar la participación plena y en igualdad de condiciones, de NNA con discapacidad.³³
- Es necesario eliminar cualquier concepto estereotipado de los roles masculino y femenino, en todos los niveles y formas de enseñanza, a través de la modificación de libros, programas educativos y métodos de enseñanza.³⁴
- Tanto los currículos como los recursos educativos deben posibilitar la comprensión y respeto de la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades de las/os estudiantes y sus familias.³⁵
- Con relación a los pueblos indígenas, los programas y servicios educativos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con ellos, para responder a sus demandas particulares, abarcando su historia, conocimientos, técnicas, valores y sus aspiraciones sociales, económicas y culturales; se debe asegurar la formación de miembros de pueblos indígenas y su participación en la formulación y ejecución de programas educativos.³⁶ Asimismo, cuando sea viable, debe enseñarse a los NNA de pueblos indígenas a leer y escribir en su propia lengua o en la que más comúnmente hable su grupo de pertenencia. Si esto no es posible, se deben realizar consultas con los pueblos para lograr este objetivo.³⁷ Además, deben tomarse medidas para eliminar prejuicios respecto de pueblos indígenas, lo que significa realizar esfuerzos para asegurar que los libros de historia, y otros materiales, ofrezcan una descripción pertinente, equitativa e instructiva de sus sociedades y culturas.³⁸
- El currículo debe abordar la disciplina escolar de una forma compatible con la dignidad humana del NNA.³⁹

32 *Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, art. 8.

33 *Ibíd.*, art. 24.

34 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Parte III, art. 10.

35 *Principios de Yogyakarta*, Principio 16.

36 OIT, *Convenio 169*, Parte VI, art. 27.

37 *Ibíd.*, Parte VI, art. 28.

38 *Ibíd.*, Parte VI, art. 31.

39 *Convención de los Derechos del Niño*, art. 28.

1.5 Dimensión libertad de enseñanza

Los padres o tutores legales tienen la libertad para escoger escuelas alternativas a las creadas por las autoridades y que respondan a sus convicciones morales o religiosas, las que deben cumplir con las normas básicas fijadas por el Estado en materia de enseñanza.⁴⁰

Los particulares y entidades poseen la libertad para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, siempre que se respeten los principios referidos a la educación como derecho y se ajusten a las normas prescritas por el Estado.⁴¹

2. REVISIÓN DE AVANCE SOBRE RECOMENDACIONES EN EDUCACIÓN ENTRE 2014 Y 2019

Entre 2014 y 2019, los capítulos de educación publicados en el *Informe* han analizado diversos aspectos relativos a la organización, estructura y funcionamiento del sistema escolar, en función de los estándares internacionales de derechos humanos en materia educativa. Cada capítulo ha incorporado debates relevantes sostenidos en la sociedad chilena, de manera previa o durante el período de elaboración y publicación de esos *Informes*, ofreciendo una visión de los asuntos tratados que se sustenta en los estándares de derechos humanos. En consecuencia, se han establecido recomendaciones al Estado de Chile relativas a las dimensiones de acceso y permanencia, propósito de la educación, inclusión y no discriminación, currículo y libertad de enseñanza, con la pretensión de que fueran consideradas en la toma de decisiones, para esculpir un sistema educativo progresivamente más acorde con los estándares internacionales de derechos humanos.

En esta sección, se evalúa en retrospectiva cómo el Estado de Chile ha incorporado dichas recomendaciones en cada una de las materias analizadas en ediciones anteriores. Para esto se contrastan las recomendaciones con evidencia que ilustra en qué forma las sugerencias han sido o no incorporadas en la toma de decisiones por las autoridades competentes. Las recomendaciones y su revisión se organizan de acuerdo con las dimensiones en que fueron presentados los estándares. Cada recomendación es calificada respecto de su nivel de cumplimiento en base a la evidencia disponible.

40 ONU, 1966, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13.

41 *Ibid.*

2.1 Dimensión acceso y permanencia

En 2014 y 2019, se recomendó que todos los establecimientos educacionales, con y sin financiamiento estatal, ofrecieran vacantes para estudiantes con discapacidad en sus comunidades de pertenencia, asegurando la provisión de recursos y apoyos en la trayectoria educativa.

Existe evidencia de avance parcial. La Ley 20.845 establece que el proceso de admisión implementado por establecimientos educacionales que reciben subvención o aporte estatal debe estar conforme a los principios de transparencia, educación inclusiva, accesibilidad universal, equidad y no discriminación arbitraria.⁴² Lo anterior permite que estudiantes con discapacidad puedan postular a cualquiera de estos establecimientos, en igualdad de oportunidades. Sin embargo, dado que los Programas de Integración Escolar (PIE) siguen teniendo un carácter voluntario,⁴³ no existe garantía de provisión de recursos y apoyos en todos los establecimientos educativos al momento de recibir a estos/as estudiantes. En todo caso, la ley citada plantea que sostenedores y/o directores de establecimientos escolares no podrán cancelar la matrícula, expulsar o suspender a estudiantes por la presencia de necesidades educativas especiales, entre otras circunstancias; ni podrán ejercer presión, directa o indirecta, a estudiantes que presenten dificultades de aprendizaje, sus madres, padres o apoderados, con el fin de que opten por otro establecimiento debido a tales dificultades.⁴⁴

En 2014, se indicó que el acceso y provisión de apoyos en educación a NNA con discapacidad debiera ir acompañado de procesos de formación inicial y de docentes, en ejercicio, en educación inclusiva.

Existe evidencia de avance parcial. La Ley 20.903 de 2016, que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, plantea que las/os profesionales de la educación tienen derecho a contar con espacios de mejoramiento continuo, con especial énfasis en el desarrollo de competencias para el trabajo colaborativo y la inclusión educativa.⁴⁵ Respecto de la formación de profesores/as, los estándares de formación inicial docente consideran la temática,⁴⁶ sin embargo, en lo que se refiere a las NEE, en sus indicadores se mantiene un paradigma centrado en el déficit, al hacer referencia a “estudiantes con dificultades” o a la existencia

42 Ley 20.845, art.7.

43 Superintendencia de Educación: “Qué es el Programa de Integración Escolar”, junio de 2019, www.superduc.cl.

44 Ley 20.845, art. 6.

45 Ley 20.903, art. 11.

46 Mineduc, *Estándares orientadores para egresados de pedagogía en educación básica y media*, 2012.

de características de estudiantes con NEE que deben ser consideradas para la derivación a especialistas, con quienes las y los profesores regulares debieran coordinar el trabajo. Esta visión ha traído como consecuencia que “se siga prestando más atención a la identificación de las dificultades del individuo, con el fin de proporcionarle la atención oportuna, que al desarrollo de las condiciones en las escuelas y la dotación de los recursos y ayudas necesarias para favorecer su progreso, aprendizaje y participación en el contexto escolar y social.”⁴⁷

En 2019, se recomendó dar acceso prioritario y provisión de apoyos, para el desarrollo de una trayectoria educativa exitosa, a estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección en el Servicio Nacional de Menores (Sename).

No existe evidencia de avance. De acuerdo con información otorgada por Ley de Transparencia, en 2020 hubo 102.305 NNA atendidos en proyectos de la Red Sename con ingreso al sistema educacional, número inferior al de 2019 en que se contabilizaron 150.987 NNA. Respecto de los casos de retiro del sistema educacional, en 2020 se informan 32.042 casos versus 12.806, en 2019. Estos datos alertan respecto del ejercicio efectivo del derecho a la educación del NNA que se encuentran bajo medidas de protección del Sename. En cuanto a la provisión de apoyos, cabe recordar que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas reconoció, en 2018, la violación del artículo 28 de la CDN por parte del Estado de Chile a raíz de: “a) La falta de medidas particulares y adecuadas, incluso la inadecuada preparación de los profesores y personal, a la situación de vulnerabilidad física, emocional y psicológica de los NNA, en un contexto educacional inclusivo y protector, que resulta en altos niveles de fracaso escolar; y b) No tomar las medidas necesarias para que los NNA en el sistema residencial puedan acceder a la educación en condiciones de igualdad con otros NNA”.⁴⁸ En la actualidad, en el país aún se debate el proyecto para cambiar sustancialmente la estructura y funcionamiento del Sename, sin embargo, su tramitación está supe-
ditada a la aprobación de la ley que establece el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que constituye un marco legal esencial cuya carencia se reconoce como motivo de preocupación y constituye una recomendación incumplida por el Estado de Chile frente al Comité de los Derechos del Niño.⁴⁹

47 Mineduc, *Nueva perspectiva y visión de la educación especial. Informe de la Comisión de Expertos*, 2004, pp. 49-50.

48 Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2018.

49 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, 30 de octubre de 2015.

2.2 Dimensión inclusión y no discriminación

En 2014, se planteó como recomendación instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial colabora. En esa misma recomendación, se propone incorporar la temática de la educación inclusiva y la variable discapacidad en forma explícita en la propuesta de reforma educacional que se estaba gestando en ese momento.

Existe evidencia de avance. La Ley de Inclusión Escolar de 2015,⁵⁰ establece la integración e inclusión como principios que implican la eliminación de “todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes”.⁵¹ Además, la promulgación del Decreto 83 de 2015,⁵² sobre diversificación de la enseñanza y adecuaciones curriculares, genera oportunidades para la toma de decisiones pedagógicas que favorecen el aprendizaje de todos/as, respetando sus diferencias, en los niveles de educación parvularia y básica. Cabe señalar que este decreto establece orientaciones específicas para el trabajo pedagógico con estudiantes con discapacidad. Finalmente, el Decreto 67 de 2018,⁵³ que comenzó a implementarse en 2020, incorpora una visión inclusiva sobre la evaluación en el sistema escolar general.

En lo relativo a los Programas de Integración Escolar, en 2014, se recomendó que estas instancias debiesen ser parte de una estrategia inclusiva más amplia, en que la variable discapacidad se considere como una diferencia y no como un factor de menoscabo. Asimismo, se propuso que, a mediano plazo, debiera revisarse la conveniencia de mantener estos programas como la estrategia viable que el sistema escolar asume para implementar los mandatos de la CDPcD en materia educacional.

No existe evidencia de avance. Los PIE mantienen un financiamiento asociado a déficit, de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 170.⁵⁴ Este modelo de financiamiento “fomenta la implementación de lógicas centradas en la ejecución de diagnósticos, tratamientos y apoyos individuales y en la búsqueda de profesionales que los realicen, más que fomentar lógicas de trabajo más globales e inclusivas con todos los y las estudiantes”.⁵⁵ En este contexto, se mantiene la recomendación de avanzar hacia formas de financiamiento más globales, que permitan

50 Ley 20.845.

51 *Ibid.*, art.1.

52 Decreto 83.

53 Decreto 67.

54 Decreto 170.

55 Fundación Chile, Centro de Estudios Mineduc, *Análisis de la implementación de los Programas de Integración Escolar (PIE) en establecimientos que han incorporado estudiantes con necesidades educativas especiales transitorias*, documento resumen del estudio, 2013, p. 34.

brindar respuestas educativas inclusivas a NNA con discapacidad, centradas en eliminar las barreras al aprendizaje y la participación.

Con relación a las escuelas especiales, en 2014, se propone reorientar el funcionamiento de las escuelas especiales hacia un rol de colaboración con las escuelas regulares y generar un plan que posibilite la reconversión de las escuelas especiales de lenguaje en jardines infantiles o escuelas de párvulos con enfoque inclusivo.

Existe evidencia de avance parcial. Se aprecian ajustes relevantes en la línea de transformar las escuelas especiales en espacios más inclusivos. Lo anterior se observa en la obligación establecida por el Decreto 83 de 2015 para que las escuelas especiales trabajen con el currículo nacional, eliminando los currículos basados en el déficit.⁵⁶ Asimismo, las escuelas especiales han transitado a un modelo de organización similar al de las escuelas regulares, en cuanto a la estructura de sus cursos en los niveles de educación parvularia y básica, y se ha regulado la certificación de estudios.⁵⁷ Sin embargo, no existe una estrategia para avanzar hacia la consolidación de los planteamientos de la CDPcD, respecto de contar con una educación primaria y secundaria de calidad e inclusiva. Esto implica, entre otros asuntos, clarificar el rol de las escuelas especiales en el marco del sistema nacional educativo y avanzar hacia la construcción de un sistema de educación general que sea reconocido y validado por su calidad y por propender a la inclusión.

Respecto de las escuelas de lenguaje, no se evidencian avances sobre la recomendación efectuada. En este sentido, se mantiene la recomendación de reconversión de estas escuelas, tal como lo sostiene el informe final de la Mesa Técnica de Educación Especial en 2015, donde se plantea que esta reconversión debe efectuarse acompañada de una campaña comunicacional en la cual se “muestre los efectos de la segregación en una etapa crítica del desarrollo integral de los niños, en particular en el área de lenguaje”.⁵⁸

En 2014, se recomendó alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD, a saber: robustecer la Ley 20.422 al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva; crear políticas que hagan valer los planteamientos de la Convención y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y reformular el Decreto 170, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta.

56 Decreto 83.

57 *Ibíd.*

58 Mesa Técnica Educación Especial, *Propuestas para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo en Chile: un aporte desde la educación especial*, 2015.

Existe evidencia de avance parcial. La Ley 20.845 de 2015 y los decretos 83 y 67, de 2015 y 2018, respectivamente, constituyen políticas aliñadas con el enfoque de la educación inclusiva. Gracias al Decreto 83 se ha avanzado en ir asegurando una educación inclusiva para estudiantes con discapacidad, sin embargo, sus orientaciones, si bien alcanzan a la educación parvularia y básica, no abarcan a la educación secundaria. Por otra parte, tal como se ha señalado anteriormente, el sistema de financiamiento de los PIE, sustentado en el Decreto 170, refuerza un modelo que se centra en el déficit y genera confusión e inconsistencia respecto del enfoque sobre educación inclusiva que alientan otras políticas.

En 2015, se recomendó hacer los ajustes necesarios a la Ley 20.845 de inclusión escolar, con el fin de asegurar que ningún estudiante LGTBI pueda ser discriminado del sistema escolar, apelando al principio de libertad de enseñanza. Asimismo, se propuso modificar la Ley 20.609, en base a las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. De igual forma, se recomendó mantener actualizada la información de la Superintendencia de Educación sobre casos de discriminación e incluir la variable identidad de género como potencial causa de segregación.

Existe evidencia de avance parcial. No se ha modificado la Ley 20.609, lo que podría implicar que el derecho de igualdad ante la ley cediera ante otros derechos como el de libertad de enseñanza.⁵⁹ En este contexto, se destaca la campaña impulsada en agosto de 2019 por Amnistía Internacional y Proyecto Diversxs –“La ley antidiscriminación se quedó corta”– en que se plantea la necesidad de eliminar la norma que establece una jerarquía de derechos, abriendo la posibilidad del análisis caso a caso frente a una eventual colisión de derechos.⁶⁰ En estos días, se está discutiendo en el Senado un proyecto de modificación a la Ley 20.609 que, entre otras cosas, pretende suprimir la excepción al principio de no discriminación justificada en el ejercicio legítimo de otro derecho.⁶¹

Respecto de la Ley 20.845, esta tampoco ha sido ajustada en el sentido de dictaminar la imposibilidad de discriminación en razón al principio de libertad de enseñanza.

La variable identidad de género fue incorporada en las categorías de denuncia establecidas por la Superintendencia de Educación.

En 2017, se recomendó promover un cambio constitucional para reconocer el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, en el contexto de una nación multicultural. Asimismo, se recomienda avanzar en la tramitación de una ley de migración con un enfoque de derechos e intercultural, para garantizar el derecho a la educación de estudiantes migrantes.

59 INDH, *Informe Complementario Examen Periódico Universal*, 2018.

60 Amnistía Internacional, “*La ley antidiscriminación se quedó corta*”.

61 Diario Constitucional.cl: “Proyecto fortalece normativa contra la discriminación”, 25 de julio de 2019.

Existe evidencia de avance parcial. No se han producido cambios a la Constitución en la línea de lo recomendado. Con respecto a una ley de migración, en la actualidad se encuentra en discusión en el Senado el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería ingresado en junio de 2013. Este proyecto –aprobado, en general, por las comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización; y de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía– establece la promoción, respeto y garantía de derechos para todas las personas extranjeras, sin importar su condición migratoria, considerando los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile. Lo anterior aplica de manera específica para NNA.⁶² En el marco de la Cuenta Pública 2020, el presidente Piñera pidió al Congreso aprobar esta nueva ley, sin embargo, aún no hay acuerdo sobre los procedimientos de regularización de extranjeros que ya laboran en el país.⁶³ Al cierre de la edición del presente *Informe* el proyecto había sido aprobado por el Senado.⁶⁴

En 2017, se recomendó generar una política desde el Ministerio de Educación destinada a formar asistentes de la educación con enfoque intercultural, provenientes de los países con mayor concentración de migrantes en Chile. Asimismo, se sugirió promover la apertura de centros destinados a la inserción lingüística de estudiantes y familias migrantes, en las regiones y comunas con mayor concentración de población migrante.

Existe evidencia de avance parcial. En mayo de 2018, Mineduc promulgó la Política Nacional para Estudiantes Extranjeros 2018-2022, que integra tres líneas de trabajo:

- a) Articulación institucional e intersectorial.
- b) Fortalecimiento de la gestión educativa.
- c) Vinculación territorial para el diseño de política educativa.⁶⁵

En esta política se reconocen como desafíos: la necesidad de generar una certificación para mediadores culturales y de disponer de apoyo financiero y formación didáctica para la enseñanza del español como segundo idioma. Sobre lo anterior, Mineduc implementó, en 2019, un curso junto la Universidad de Chile con el propósito de formar monitores de enseñanza del español para personas haitianas.⁶⁶ Sin embargo, no existe pronunciamiento sobre la apertura de centros destinados a la inserción lingüística de estudiantes y familias migrantes.

62 Senado de la República de Chile, Sesión 82, 3 de septiembre de 2020, www.senado.cl.

63 Senado de la República de Chile: “Senadores continúan analizando articulado de la ley de migraciones”, 27 de agosto de 2020.

64 Senado de la República de Chile, *Oficio Modificaciones a Cámara de Origen*, 2 de octubre de 2020.

65 Mineduc, *Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022*, 2018.

66 Mineduc.cl: “Docentes de educación de adultos y monitores de alfabetización se preparan para enseñar español a haitianos”, 22 de enero de 2019.

En 2018, se recomendó al Mineduc dar señales claras respecto a la comprensión del enfoque de género, como una perspectiva que integra la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas, para eliminar las brechas e inequidades entre hombres y mujeres, así como las que se producen debido a la orientación sexual e identidad de género de la población escolar. Asimismo, se recomendó dar continuidad al trabajo implementado por la Unidad de Equidad de Género, desde 2015, y establecer mecanismos para evaluar los avances del Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018, con el fin de identificar y tomar acciones frente a los desafíos pendientes en materia de equidad de género.

No existe evidencia de avance y se detectan retrocesos. El Ministerio de Educación dispone de una página (equidaddegenero.mineduc.cl) que contiene información sobre actividades, recursos, un observatorio y un link para establecer contacto. Sin embargo, el material disponible solo hace referencia a una concepción binaria del género. De hecho, el documento de propuestas de acción elaborado por una comisión especialmente destinada a este fin, plantea que "...cuando hablamos de equidad de género nos referimos tanto a la igualdad en el trato como a la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, entendiendo -tal como lo declara la Constitución- que todos nacemos iguales en dignidad y derechos".⁶⁷ El mismo documento señala que el Estado debe garantizar un trato justo y equitativo para todos los ciudadanos, independiente de su sexo. A diferencia de lo anterior, el Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018, define el género "como un elemento constitutivo de las relaciones sociales, configurando relaciones de poder históricas y socioculturales entre mujeres, hombres, otras identidades de género (trans) y orientaciones sexuales (homosexuales, lesbianas, etc.). En el marco de estas relaciones, las personas construyen su identidad, interactúan y organizan su participación en la sociedad".⁶⁸ Así, se constata que no se dio continuidad al trabajo desarrollado por Mineduc durante la administración anterior, en que se avanzó significativamente en la elaboración de un plan y de materiales de apoyo a las escuelas para abordar la temática de género desde una perspectiva compleja, incorporando las variables de orientación sexual, identidad y expresión de género. Durante el desarrollo del presente capítulo, se solicitó a Mineduc la evaluación del Plan Educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018, sin embargo, la respuesta se limitó a indicar la existencia del Cuarto Plan Nacional de igualdad entre mujeres y hombres 2018-2030, del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, no evidenciándose una estrategia de profundización respecto de esta temática desde el Ministerio de Educación. Por otra parte, frente a la solicitud de información sobre las acciones del Mineduc, en los

67 Mineduc, *Comisión por una educación con equidad de género*, 2019, p. 7.

68 Mineduc, *Plan Educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018*, 2015, p. 9.

últimos dos años, para abordar la diversidad sexual en las aulas chilenas, la respuesta fue un link a los siguientes documentos:

- Plan de igualdad entre mujeres y hombres 2010-2020, del Servicio Nacional de la Mujer, de 2010.
- Documento Orientaciones para la construcción de comunidades educativas inclusivas, de diciembre de 2016, que no incorpora orientaciones específicas en el ámbito de la diversidad sexual.
- El Ordinario 0768 sobre derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, de abril de 2017, de la Superintendencia de Educación.
- Documento Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, de Mineduc, de abril de 2017.
- Cuarto Plan nacional de igualdad entre mujeres y hombres 2018-2030, del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género.

Como se puede observar, en los últimos tres años, el Ministerio de Educación no se ha hecho cargo de impulsar acciones inspiradas en una concepción amplia del enfoque de género, que incluya orientaciones para el trabajo escolar considerando la diversidad sexual.

En 2018, se recomendó a la Superintendencia de Educación organizar en una categoría más amplia las posibles materias generales y específicas vinculadas a situaciones de discriminación sexista y de género, incorporando una nueva categoría precisa de denuncia por situaciones asociadas al uso de estereotipos, sesgos y discriminaciones por género, que son consecuencia de una educación sexista.

No existe evidencia de avance. Las denuncias en materia de comportamientos de connotación sexual incluyen agresiones sexuales entendidas como violación, abuso sexual, estupro, corrupción de menores; y los comportamientos de connotación sexual que no constituyen agresión. En lo que se refiere a la discriminación, las causales de denuncia referidas a género y sexualidad son embarazo y maternidad, orientación sexual e identidad de género.⁶⁹ Si bien se contempla la distinción del sexo del afectado para las diversas denuncias, no existe una categoría directa que incluya posibles vulneraciones asociadas a la reproducción de estereotipos y sesgos de género. Lo anterior se considera relevante, ya que permitiría evidenciar situaciones concretas de discriminación sexista.

69 Estadísticas Superintendencia de Educación.

2.3 Dimensiones propósito de la educación y currículo

En 2014, se recomendó al Mineduc incorporar en forma explícita, en las bases curriculares de educación básica y media, orientaciones para atender la diversidad presente en las aulas, incorporando la variable discapacidad. Se plantea que estas orientaciones deben hacerse extensivas a los diversos instrumentos curriculares e incorporar orientaciones específicas en términos de actividades, evaluación y uso de recursos didácticos.

Existe evidencia de avance parcial. Se observan avances en educación parvularia y básica con la promulgación del Decreto 83 de 2015, que establece orientaciones para diversificar la enseñanza y tomar decisiones de adecuación curricular. Sin embargo, estas orientaciones no son extensivas a la educación media. Se valora la promulgación del Decreto 67 que orienta al sistema escolar hacia la comprensión de la evaluación desde un enfoque formativo y para el aprendizaje, con el fin de dar respuestas educativas pertinentes a la diversidad de las/os estudiantes.

En 2015, se recomendó implementar modificaciones en las bases curriculares de las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación, con el fin de visibilizar la temática de diversidad sexual desde un enfoque de derechos. En esta misma temática, se recomienda modificar los estándares de formación inicial docente para las diversas carreras de pedagogía, tanto en el ámbito pedagógico como disciplinar, con el fin de asegurar que las nuevas generaciones docentes cuenten con herramientas para el reconocimiento y acompañamiento de la comunidad LGBTI en la escuela.

No existe evidencia de avance. No se han ajustado las bases curriculares de las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación. Tampoco se han modificado los estándares de formación inicial docente para las carreras de pedagogía. Sin embargo, se advierte que, en enero de 2018, Mineduc publicó el texto *Oportunidades curriculares para la educación en sexualidad, afectividad y género*.⁷⁰ Si bien en este material se reconoce la existencia de la comunidad LGBTI, de las 72 fichas con múltiples actividades asociadas a objetivos de aprendizaje del currículo de educación parvularia, básica y media, solo en dos de ellas se menciona el concepto “diversidad sexual”; en otras dos se aborda la noción de orientación sexual; en una se menciona el concepto de identidad de género; y en ninguna se abordan los conceptos de transexualidad, bisexualidad ni intersexualidad. De manera específica, en una actividad propuesta para octavo básico, se utiliza la “definición de la orientación sexual” como una noción para reflexionar en torno a las libertades y

70 Mineduc, *Oportunidades curriculares para la educación en sexualidad, afectividad y género*, 2018.

los deberes.⁷¹ En este caso, se aprecia falta de profundidad para abordar pedagógicamente el contenido.

En 2016, se recomendó modificar las condiciones en que se da el Sector de Lengua Indígena en los establecimientos educativos, dotándolo de un carácter obligatorio para todos/as los y las estudiantes que asisten a estos establecimientos, sean o no indígenas. El propósito es fortalecer la construcción de una identidad cultural que considere activamente las raíces ancestrales ancladas al territorio, así como los aspectos que configuran la historia de Chile en sus diversos períodos, en consistencia con la Ley Indígena y el enfoque del Programa de educación intercultural bilingüe, declarado en el sitio web de Mineduc.

No existe evidencia de avance. De hecho, en marzo de 2019, los representantes del pueblo mapuche se retiraron de la consulta nacional sobre bases curriculares en lengua indígena debido a que el Estado “no aceptó el acuerdo de los nueve pueblos de implementar la asignatura en todos los establecimientos educativos”.⁷² Cabe señalar que, en el acta “Encuentro de Diálogo Nacional, etapa 4” de la Consulta Indígena, Mineduc se comprometió a que en el próximo proceso de modificación curricular se incorporará en la consulta pública la posibilidad de dejar la asignatura con carácter obligatorio.⁷³ En la actualidad, tras el proceso de consulta con los pueblos indígenas, la asignatura recibe el nombre de Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales.⁷⁴

En 2016, se recomienda incorporar al currículo de educación básica, primero y segundo medio, objetivos de aprendizaje que apunten a la comprensión de la identidad cultural mestiza, a partir del aprendizaje de la cosmovisión y lengua de los pueblos originarios que habitaron y habitan el territorio chileno. Asimismo, se propone la generación de propuestas educativas que consideren de manera efectiva la diversidad étnica que se da en zonas urbanas, particularmente en lo referido al pueblo mapuche en la Región Metropolitana, en diálogo y acuerdo con las comunidades que habitan la región.

Existe evidencia de avance parcial. En marzo de 2019, se establecieron acuerdos entre voceros de nueve pueblos originarios ancestrales y autoridades de Mineduc, para mejorar la propuesta de bases curriculares de la asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas, de 1° a 6° básico. Los pueblos originarios representados fueron: aymara,

71 *Ibíd.*, p.94.

72 Radio Kvruff.cl: “Pueblo Mapuche se retira de consulta nacional sobre bases curriculares en lengua indígena por negativa del gobierno de impartir en todos los establecimientos del país”, 28 de marzo de 2019.

73 Mineduc, *Acta encuentro de diálogo nacional Etapa N°4: Diálogo-Consulta Indígena de Educación*, marzo de 2019.

74 Mineduc, *Bases curriculares Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales*.

quechua, licanantai, colla, diaguita, rapa-nui, mapuche, kawashkar y yagán. A partir de este diálogo, Mineduc reconoció que la propuesta de los pueblos indígenas enriquece los propósitos de la asignatura. Los aportes de los pueblos a la propuesta incluyen: (a) el reconocimiento de las lenguas y culturas de los pueblos originarios ancestrales en todos los territorios y valorar a sus sabios y saberes, de tal forma que su conocimiento sea transmitido a todos los niños y niñas del país; (b) potenciar y difundir la cultura de los pueblos originarios en la formación desde la más temprana infancia e incorporar en ello a toda la comunidad educativa; (c) incorporar los procesos históricos y las particularidades contextualizando también a las comunidades urbanas; (d) valorar la identidad, recuperando saberes y prácticas, patrimonio cultural, vitalidad cultural; (e) desarrollar una formación integral con los valores, principios filosóficos y conocimiento de los pueblos, valorando sus propios derechos; y (f) propender a la transversalización de la asignatura en el currículum escolar.⁷⁵ Estos aportes se expresan en las nuevas bases curriculares de la asignatura. Sin embargo, queda pendiente avanzar en educación media y hacer extensiva la asignatura a todos los establecimientos educativos.

En 2017, se recomendó iniciar un proceso de reformulación de las bases curriculares de la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, en los ejes de historia y geografía, a fin de contar con un currículum actualizado, pertinente, alineado con un enfoque de derechos humanos y que responda a una visión intercultural. En esta línea, se recomienda a Mineduc la publicación de orientaciones para promover una gestión de aula y escuela sustentada en un enfoque de educación intercultural.

No existe evidencia de avance. De hecho, un estudio realizado por la Agencia de Calidad de la Educación, en 2019, refuerza los planteamientos de la recomendación al señalar que “estudiantes y docentes coinciden en que Historia y Ciencias Sociales es una asignatura difícil por su enfoque local y nacional. Los estudiantes extranjeros declaran que, en contraposición a un enfoque latinoamericano, la historia y la geografía se centran en Chile, habiendo referencias que suelen no comprender”.⁷⁶ El mismo estudio plantea que los actores educativos perciben que “la gestión para la inclusión de los estudiantes migrantes es una acción desarrollada en forma voluntaria y autónoma por los establecimientos, desprovista de lineamientos u orientaciones institucionales externas”.⁷⁷

75 *Ibíd.*

76 Agencia de Calidad de la Educación, *Estudio inclusión de estudiantes migrantes en el sistema escolar*, 2019, p. 35.

77 *Ibíd.*, p. 28.

Ahora bien, en 2018, Mineduc publicó un documento de 16 páginas denominado ¿Cómo avanzar en inclusión desde la diversidad cultural? En ese texto, si bien se releva la educación inclusiva e intercultural, no se establecen propuestas respecto de cómo hacer efectivo el principio de pertinencia en el aula a partir de procesos de flexibilización curricular que visibilicen el reconocimiento de la diversidad cultural de las y los estudiantes. Por otra parte, también en 2018, el Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas (CPEIP) publicó el texto “Prácticas pedagógicas interculturales: Reflexiones, experiencias y posibilidades desde el aula”,⁷⁸ que presenta un rico marco teórico y prácticas concretas de interculturalidad, sin embargo, al inicio del documento se expresa lo siguiente: “Los términos empleados en esta publicación y la presentación de los datos que en ella aparecen no implican toma alguna de posición de parte del Ministerio de Educación ni de la Unesco. Las ideas y opiniones expresadas en esta obra son de los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de ninguna de las instituciones mencionadas”.⁷⁹ Así, tratándose de un texto muy valioso, no puede ser considerado como una orientación concreta desde Mineduc en el tema de interculturalidad.

En 2018, se recomendó al Mineduc planificar e implementar un plan de revisión de las bases curriculares con el fin de identificar estereotipos y sesgos de género u omisiones que pueden afectar el desarrollo pleno de niños y niñas, para avanzar en la construcción de una educación no sexista.

No existe evidencia de avance. De hecho, en junio de 2020, el Colegio de Profesores manifestó su malestar frente a orientaciones a docentes con “marcado sesgo de género por parte del Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas”.⁸⁰ En concreto, un cuadro comparativo que establecía diferencias entre niñas y niños de tercero básico, en el ámbito socioemocional, indicaba que “atraer la atención de los hombres es una nueva forma de autoexpresión” de las niñas.⁸¹ Luego, a fines de julio de 2020, se denunció la existencia de una guía de aprendizaje para cuarto año básico, publicada en la página de Mineduc, en que se afirma que “beber alcohol también aumenta los riesgos de ser atacada sexualmente

78 CPEIP, *Prácticas pedagógicas interculturales: Reflexiones, experiencias y posibilidades desde el aula*, 2018.

79 *Ibíd.*, p. 4.

80 Colegio de Profesoras y Profesores.cl: “Magisterio rechaza materiales educativos sexistas del Mineduc y desarrolla recursos para combatir estereotipos de género”, 8 de junio de 2020.

81 *Ibíd.*

y de participar en relaciones sexuales riesgosas”.⁸² Lo anterior, refleja la falta de comprensión sobre el enfoque de equidad de género en su nivel más básico.

2.4 Dimensión libertad de enseñanza

En 2019, se recomendó ajustar propuestas de políticas educativas a una comprensión correcta del significado y alcances de la libertad de enseñanza. En ningún caso, este derecho debe ser entendido como la libertad de particulares o entidades de seleccionar estudiantes sin garantías explícitas y verificables contra la discriminación directa e indirecta, a menos que constituya una medida de acción afirmativa que cumpla cabalmente con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, se recomendó no presentar proyectos de ley que promuevan, en virtud del principio de libertad de enseñanza, la selección por rendimiento académico, esfuerzo o mérito, aptitudes u otros criterios que, en el contexto social chileno, significarían discriminación indirecta.

No existe evidencia de avance. A pesar de que el Proyecto de Admisión Justa no fue aprobado en la discusión parlamentaria de 2019, el Ministerio de Educación ha insistido en generar acciones para restituir la selección por mérito y rendimiento escolar. Evidencia de lo anterior es que, luego de que Mineduc diera a conocer, en octubre de 2019, los resultados del proceso de admisión escolar, este organismo implementó los Cabildos de Apoderados, liderados por el actual ministro de Educación, Raúl Figueroa, con el fin de contar con la voz de este estamento para incidir en el desarrollo de políticas orientadas a revertir el actual Sistema de Admisión Escolar. Esto, bajo la idea de retomar un sistema basado en el reconocimiento del mérito y rendimiento escolar. Al respecto, la entonces ministra de Educación, Marcela Cubillos, señaló: “Cuando vemos que solo un 36% queda en el colegio de su preferencia se entiende el malestar de muchos apoderados que sienten que han perdido, y no ganado, libertad para elegir el colegio de sus hijos”.⁸³ Ahora bien, para esta apreciación, Cubillos solo consideró una muestra asociada a establecimientos con más demanda que oferta de cupos. Considerando los datos totales, de acuerdo con un informe de la Universidad de Chile, un 54% de los postulantes quedó en su primera preferencia y un 80% en una de las tres primeras, lo que se asume como una política pública exitosa.⁸⁴

La actuación de las autoridades refleja la intención por volver a

82 Radio BíoBío.cl: “Beber en exceso ‘aumenta riesgo de ser atacada sexualmente’, dice lámina de MINEDUC para 4° básico”, 30 de julio de 2020.

83 Mineduc: “Mineduc da a conocer resultados del proceso de admisión escolar y anuncia proceso de ‘Cabildos de Apoderados’ en todo Chile”, 30 de octubre de 2019.

84 Radio BíoBío: “Académicos cuestionan a Cubillos por usar muestra parcial sobre resultados del SAE”, 30 de octubre de 2019.

un sistema de admisión que promueve discriminación indirecta por medio de la selección, fomentando la segregación escolar y la distorsión del principio de igualdad educacional que “busca que el destino de cada niño o niña sea independiente de su herencia social”.⁸⁵ Con relación a los cabildos ya mencionados, una de las conclusiones expresadas en un informe solicitado a Mineduc para el desarrollo del presente capítulo, es que la mayoría de los apoderados considera que los establecimientos escolares debieran contar con procesos de admisión propios, que tomen en cuenta el rendimiento académico de los postulantes.⁸⁶ Se reitera que, de predominar esa visión, se corre el riesgo de volver a instalar una medida que podría producir segregación y discriminación indirecta, contraviniendo los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la libertad de enseñanza. Al respecto, es preocupante que el propio Ministerio de Educación promueva acciones en esta dirección.

Junto con lo anterior, llama la atención la medida del alcalde de la comuna de Las Condes, a raíz de la situación económica derivada de la pandemia, de abrir un nuevo establecimiento educativo municipal en 2021, con el fin de “dar respuesta a las familias de clase media que no podrán seguir pagando un colegio particular”.⁸⁷ Aunque se reconoce que también a este establecimiento podrán asistir estudiantes de “familias vulnerables”, el carácter bilingüe que se le pretende otorgar constituye una amenaza para asegurar el acceso igualitario a todos las/os estudiantes.

En 2019, se recomendó avanzar en la implementación de la Ley de Inclusión 20.845, que establece fin al lucro, al copago y la selección, pues avanza en el sentido de los estándares internacionales de derechos humanos en educación. En todo caso, se advierte la necesidad de establecer mecanismos para ampliar el alcance de esta ley a la educación privada.

Existe evidencia de avance parcial. La Ley de Inclusión ha continuado su implementación, sin embargo, sus alcances aún no se hacen extensivos a la educación privada. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en 2015, ha manifestado su preocupación por “la inexistencia de un marco para regular y supervisar los centros de enseñanza privada”. Asimismo, recomienda al Estado de Chile apresurarse en la adopción de medidas para reducir la segregación y promover un sistema educativo igualitario e incluyente, prohibiendo a todas las escuelas, ya sea públicas o privadas e independientemente

85 Alejandro Carrasco, Francisca Bogolasky, Carolina Flores y otro, *Selección Escolar y Desigualdad Educacional en Chile: ¿Qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe?*, Centro de Estudios Mineduc, 2014.

86 Centro de Estudios Mineduc, *Reporte de Resultados Cabildo de Apoderados*, 2020.

87 Radio Cooperativa: “Autoridades inician proyecto de un nuevo colegio municipal en Las Condes”, 29 de junio de 2020.

de su fuente de financiación, la selección de estudiantes por medio de criterios arbitrarios o por su situación socioeconómica”.⁸⁸

En la siguiente tabla, se presenta una síntesis del nivel de logro de cada recomendación en específico.

Tabla 1: Evaluación de avances en las recomendaciones efectuadas entre 2014 y 2019 en Educación.

Recomendaciones al Estado de Chile	Año	Se cumple	Avance parcial	Sin avance	Retroceso
Acceso y permanencia					
Ofrecer vacantes para NNA con discapacidad en todas las escuelas con o sin subvención.	2014 2019		X		
Fortalecer formación inicial y continua para apoyar acceso y provisión de apoyos a NNA con discapacidad.	2014		X		
Dar acceso prioritario y apoyo para desarrollo de trayectoria educativa exitosa a NNA bajo protección del SENAME.	2019			X	
Propósito de la educación y currículo					
Instalación de enfoque de educación inclusiva en términos comunicacionales y de decisiones educativas.	2014	X			
Incorporar el tema de educación inclusiva y la variable discapacidad explícitamente la propuesta de reforma educacional.	2014	X			
PIE como parte de una estrategia inclusiva más amplia, entendiendo discapacidad como diferencia y no factor de menoscabo.	2014			X	
Revisar conveniencia de que PIEs sean estrategia asumida por el sistema escolar para implementar mandatos de CDPcD en educación.	2014			X	
Reorientar funcionamiento de escuelas especiales hacia rol de colaboración con escuelas regulares.	2014		X		

88 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, 30 de octubre de 2015.

Plan para reconversión de escuelas especiales de lenguaje en jardines infantiles o escuelas de párvulos con enfoque inclusivo.	2014			X	
Alinear los diversos instrumentos legales de orientaciones sobre la inclusión de NNA con discapacidad a planteamientos de CDPcD.	2014		X		
Hacer ajustes a Ley 20.845 de inclusión escolar, para asegurar que ningún NNA LGTBI pueda ser discriminado del sistema escolar.	2015			X	
Modificar Ley 20.609 de acuerdo a observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile ante el ECOSOC.	2015			X	
Mantener actualizada información de SUPEREDUC sobre casos de discriminación e incluir identidad de género como causa posible.	2015	X			
Promover cambio constitucional para reconocer derecho a la educación de NNA, en el contexto de una nación multicultural.	2017			X	
Avanzar en ley de migración con enfoque de derechos e interculturalidad, para garantizar derecho a la educación de NNA migrantes.	2017	X			
Generar política desde MINEDUC para formar asistentes de la educación con enfoque intercultural, provenientes de los países con mayor concentración de migrantes en Chile.	2017	X			
Promover apertura de centros para inserción lingüística de NNA y familias migrantes en localidades con alta densidad de población migrante.	2017			X	
MINEDUC debe dar señales claras respecto a comprensión del enfoque de género, como una perspectiva que integra la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas.	2018				X

Dar continuidad al trabajo implementado por la Unidad de Equidad de Género estableciendo mecanismos para evaluar avances del Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018.	2018				X
SUPEREDUC deberá incorporar como categoría de denuncia situaciones relativas a discriminación sexista, en su sitio web.	2018			X	
Propósito de la educación y currículo					
Incorporar en forma explícita, en las bases curriculares de educación básica y media, orientaciones para atender la diversidad presente en las aulas, incorporando la variable discapacidad.	2014		X		
Implementar modificaciones en las bases curriculares de las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación, con el fin de visibilizar la temática de diversidad sexual desde un enfoque de derechos.	2015			X	
Modificar estándares de formación docente con el fin de asegurar que nuevos profesores tengan herramientas para el reconocimiento y acompañamiento de la comunidad LGBTI en la escuela.	2016			X	
Modificar las condiciones en que se da el Sector de Lengua Indígena en escuelas, haciéndola obligatoria para todos los NNA que asisten a estos establecimientos, sean o no indígenas.	2016			X	
Incorporar al currículo de educación básica, 1ro y 2do medio, objetivos de aprendizaje referidos a comprensión de identidad cultural mestiza, considerando cosmovisión y lengua de los pueblos originarios.	2016		X		
Generación de propuestas educativas que consideren la diversidad étnica de zonas urbanas, particularmente en la RM, en diálogo y acuerdo con las comunidades que habitan la región.	2016		X		
Reformulación del currículo de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, alineado con enfoque de DDHH con visión intercultural. Además, promoción de gestión de aula/escuela con enfoque intercultural.	2017			X	

MINEDUC debe planificar e implementar un plan de revisión de las bases curriculares con el fin de identificar estereotipos y sesgos de género u omisiones que pueden afectar el desarrollo pleno de NNA.	2018			X	
Libertad de la enseñanza					
Ajustar propuestas de políticas educativas a una comprensión correcta del significado y alcances de la libertad de enseñanza.	2019			X	
No presentar proyectos de ley que promuevan la selección por rendimiento académico, esfuerzo o mérito, aptitudes u otros criterios que, en el contexto social chileno, significarían discriminación indirecta.	2019			X	
Avanzar en la implementación de la Ley de Inclusión, además de hacerla extensiva a la educación privada sin subvención del Estado.	2019		X		
Número de recomendaciones en cada nivel de avance		5	8	16	2
Porcentaje de recomendaciones en cada nivel de avance		16%	26%	52%	6%

Como podemos observar en la tabla, el Estado de Chile ha cumplido con cinco de las treinta y una recomendaciones (16%), que se han traducido en nuevas políticas en el ámbito de la inclusión escolar y en decisiones de gestión orientadas hacia el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en el contexto educativo. En ocho de las recomendaciones (26%) existe evidencia de avances parciales, aunque todavía con importantes deudas para cumplir de manera robusta con los estándares. Pese a estos logros, advertimos con preocupación que respecto de dieciséis recomendaciones no existe evidencia de avance (52%) y que sobre otras dos se observan retrocesos que han empeorado la situación del respeto de derechos humanos de las y los estudiantes a los que sirve el sistema educativo chileno. Estas últimas aluden a la comprensión e implementación de políticas sobre equidad de género, entendida como una perspectiva que integra la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas, y no solo desde un enfoque binario referido a la igualdad entre mujeres y hombres.

3. PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEL SISTEMA EDUCATIVO PARA CONSOLIDAR EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN SUSTENTADA EN LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente, este capítulo del *Informe* se ha centrado en analizar en qué medida los estándares internacionales de derechos humanos se cumplen en el funcionamiento del sistema educativo chileno, con foco en la situación de grupos en riesgo de exclusión. Los análisis anuales han permitido identificar la falta de cumplimiento del Estado de Chile frente a una serie de estándares, estableciendo recomendaciones específicas para resolver las carencias detectadas, con el fin de avanzar en el respeto de los derechos humanos de los NNA. Sin embargo, el *estallido social* y la pandemia son acontecimientos que nos han invitado a detenernos, con el fin de analizar en profundidad cómo se ha avanzado en las diversas recomendaciones efectuadas en los últimos seis años. Asimismo, observar cómo este análisis nos permite comprender de manera más holística los problemas y desafíos de nuestro sistema educativo para avanzar en la consolidación del derecho a una educación de calidad para todos nuestros NNA.

La educación de calidad constituye una de principales demandas ciudadanas de los últimos años, lo que se corrobora en el estudio *La Propuesta de Chile, Demandas Sociales en Tiempos de Crisis*,⁸⁹ que recoge y sistematiza las exigencias ciudadanas levantadas en el marco del llamado *estallido social*, iniciado en octubre de 2019. En lo referido al sistema escolar, las principales barreras identificadas en este estudio se refieren a la estructura del sistema educativo, aspectos curriculares y uso de recursos públicos. Sobre la estructura de la educación básica y secundaria, se plantea la necesidad de centralizar el sistema educativo en el Ministerio de Educación, mejorar la formación docente y modificar los métodos pedagógicos. Con relación a los aspectos curriculares, las propuestas apuntan a modificar la malla curricular incorporando la educación cívica y asumiendo la educación para el desarrollo integral. Respecto de los recursos públicos, se propone mejorar las remuneraciones docentes, cerrar las instituciones privadas y contar con más fondos para infraestructura.⁹⁰ Esta investigación da señales respecto de diversos aspectos del sistema educativo que requieren atención, sin embargo, no establece en profundidad lo que entenderemos por el derecho a una educación de calidad, lo que a nuestro juicio está totalmente relacionado con la implementación de los estándares de derechos humanos en educación.

Considerando lo señalado, este capítulo realiza un ejercicio diferente a los anteriores. En esta versión se analiza de forma longitudinal el

89 *La propuesta de Chile: demandas sociales en tiempos de crisis. Los cambios que Chile quiere después del estallido*, abril de 2020. www.lapropuestadechile.cl.

90 *Ibíd.*

cumplimiento de las recomendaciones efectuadas entre 2014 y 2019, lo que nos permite ir más allá de los debates contingentes y lograr una mirada sistémica respecto de cómo el Estado de Chile se relaciona con los derechos humanos en el sistema educativo. Si bien el Estado no tiene una obligación vinculante con las recomendaciones que este capítulo realiza, este análisis funciona como un *proxis* para identificar ciertos patrones de comportamiento en relación al cumplimiento de sus compromisos con los tratados y estándares internacionales de derechos humanos en educación. Un Estado activo y vigilante en asegurar el respeto de los derechos humanos debiera exhibir un patrón *sistemático*, al guiar la toma de decisiones mediante una estrategia de cumplimiento ajustada a principios específicos; *progresivo*, al avanzar en el tiempo de acuerdo con una estrategia; y *suficiente*, al abordar los temas de manera necesaria y completa, en el cumplimiento de sus compromisos con los tratados internacionales de DDHH. Nuestra hipótesis de trabajo es la siguiente: *Si el Estado de Chile tiene una atención sistemática, progresiva y suficiente a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, entonces se debiera evidenciar un cumplimiento robusto de las recomendaciones realizadas en los capítulos anteriores del Informe.*

Evaluando el cumplimiento de las recomendaciones desde una perspectiva longitudinal, en primer lugar, se aprecia una desatención importante a la mayoría de las recomendaciones, lo que se evidencia en que un 52% de ellas no han recibido atención alguna. Este incumplimiento se sostiene como una práctica en el tiempo y se distribuye de manera pareja a través de los distintos temas tratados, sin que necesariamente existan omisiones concentradas en materias específicas.

Respecto de la atención a las recomendaciones, el Estado ha realizado un avance significativo solo en el 16% (5 de 31) y en un 26% ha tenido un avance parcial (8 de 31). Los avances parciales no revelan una aproximación sistemática al cumplimiento de las recomendaciones, es decir, no parecen obedecer a una estrategia que guíe la toma de decisiones. Además, no revelan un patrón de progreso coherente que dé cuenta de avances que progresivamente vayan cubriendo compromisos incumplidos.

Sobre la suficiencia, los avances parciales sugieren un patrón de comportamiento que parece un fenómeno en sí mismo. Estos progresos revelan la intencionalidad del Estado de alinearse con los estándares internacionales, buscando caminos para cumplir formalmente con los tratados, sin que esto se traduzca en un cambio de condiciones suficientes para mejorar el trato efectivo de los derechos humanos de NNA. Por ejemplo, se avanzó en el cambio curricular relativo a la cultura y lengua de los pueblos originarios ancestrales, pero esta asignatura sigue restringida en su obligatoriedad a escuelas que cumplan con una cuota de estudiantes pertenecientes a estos pueblos, no otorgándose esa posibilidad a quienes asistan a escuelas que no cumplan

con dicha cuota. Otro ejemplo: si bien se avanzó en la generación de una política para promover la inclusión de estudiantes extranjeros, el currículo de la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales mantiene un enfoque local y nacional, no alineado con una perspectiva inclusiva de reconocimiento y valoración de la diferencia.

En cuanto a la atención de la diversidad con foco en estudiantes con discapacidad, Chile ha avanzado con la promulgación del Decreto 83 que fomenta la inclusión educativa. No obstante lo anterior, los PIE mantienen un enfoque centrado en el déficit, asociando las necesidades educativas especiales a diagnósticos clínicos, lejos de la perspectiva educativa y social que está en la génesis del enfoque de las NEE. Otro claro ejemplo del fenómeno descrito es que la Ley 20.845, de Inclusión Escolar, solo aplica para establecimientos que reciben subvención estatal, dejando fuera de estas exigencias a los colegios particulares pagados.

Otra característica importante de constatar es la falta de sistematicidad que presenta el Estado en el cumplimiento de los compromisos con los tratados internacionales. Por ejemplo, el Plan Educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018 del Mineduc, que respondía a los estándares internacionales de derechos humanos al abordar el género desde una perspectiva no binaria, nunca fue evaluado para identificar las fortalezas y desafíos del sistema educativo en su implementación. Más bien fue desechado por el gobierno de turno, el que se ha encargado de promover un enfoque de género que deja de lado las diversas orientaciones, identidades y expresiones de género. Lo mismo se observa con la implementación de la Ley de Inclusión Escolar que, tratándose de un instrumento que ha intentado corregir los altos índices de segregación educativa de nuestro país, ha sido tensionada en su ejecución, evidenciándose serios intentos por volver a los procesos de selección escolar del pasado, que solo contribuirían a perpetuar la discriminación de los NNA más pobres. En estos casos, queda de manifiesto la falta de una estrategia ceñida a principios específicos que orienten la toma de decisiones educativas. A su vez, se revela la falta de progresividad de las medidas que se implementan, precisamente, por la carencia de una estrategia sistemática.

Para complementar la evidencia anterior, nos remitimos a las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño en 2015, las que coinciden en muchos aspectos con las recomendaciones realizadas por este capítulo en sus distintas versiones. En este sentido, el Comité ha expresado una serie de preocupaciones por la falta de atención del Estado de Chile en materias tales como la discapacidad, la integración de estudiantes migrantes, respeto a la diversidad sexual, entre otras. Muchos de estos temas convergen en cómo el sistema educativo responde a los derechos de NNA, especialmente en materias relacionadas con el acceso y permanencia en el sistema; segregación,

desigualdad y discriminación; y la calidad de la educación que se entrega.

Respecto de la calidad, el Comité expresó en 2015 su preocupación a raíz de que nuestro país evaluara la educación solo a partir de la medición de indicadores referidos a aspectos cognitivos, sin considerar “valores y actitudes como la igualdad de derechos de hombres y mujeres, el desarrollo de la empatía, el respeto de los compromisos, la participación en la vida democrática y el respeto del medio ambiente”.⁹¹ Aunque, en la actualidad, las escuelas chilenas son evaluadas y clasificadas bajo el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación (SAC), que considera resultados asociados a indicadores de desarrollo personal y social, su ponderación en el cálculo global corresponde a un 33%. El 67% restante se atribuye a la distribución de estudiantes en niveles de aprendizaje de acuerdo a las últimas tres evaluaciones Simce. Esta distribución de porcentajes muestra la prioridad que tienen los resultados cuantitativos, asociados a asignaturas de carácter cognitivo, en la concepción de calidad educativa que orienta las políticas del país. Por otra parte, los indicadores de desarrollo personal y social son medidos a través de encuestas que difícilmente permiten comprender la calidad de las experiencias educativas de NNA, ya que su función es fundamentalmente de rendición de cuentas. Además, no cubren los diversos sentidos que los estándares internacionales de derechos humanos establecen respecto del propósito de la educación. Así, podemos identificar una respuesta insuficiente del Estado de Chile frente a la preocupación del Comité por la forma en que se evalúa la calidad de la educación. Probablemente, esto ocurre por una falta de aceptación real de los principios de derechos humanos que sustentan lo que debiera entenderse por “educación de calidad”.

Ahora bien, tal como se planteó en el análisis de la respuesta del Estado de Chile frente al acceso a la educación de estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección del Sename, nuestro país aún no cuenta con un marco regulatorio que permita coordinar la promoción y protección de derechos de NNA. En este contexto, es de total relevancia la pronta aprobación de la ley que establece el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuya tramitación aún se encuentra en el Senado a la fecha de cierre de la edición de este *Informe*. La carencia de este marco regulatorio es una muestra de la falta de sistematicidad, progresión y suficiencia para garantizar y proteger los derechos de NNA desde el Estado. Respecto del derecho a la educación, este marco regulatorio reforzaría la defensa de NNA pertenecientes a grupos históricamente discriminados, como aquellos en situación de discapacidad, inmigrantes, indígenas o en

91 *Ibid.*

situación de vulnerabilidad económica e incluiría como propósito de la educación lo establecido en la CDN.⁹²

Si la evidencia presentada previamente es un indicador del grado de sistematicidad, progresión y suficiencia de las medidas que adopta el Estado de Chile para garantizar el derecho a la educación de todos los NNA, entonces es posible inferir *que existe un severo problema de laxitud en la adherencia del Estado a los tratados internacionales de derechos humanos con los que él mismo se ha comprometido y que forman parte de su ordenamiento jurídico*. Lo anterior lo vemos reflejado en los múltiples ejemplos de recomendaciones no cumplidas, o en las que encontramos evidencia parcial de avance y, por supuesto, en aquellas en que se aprecian retrocesos. Así, a pesar del esfuerzo de la última década por alinear los marcos regulatorios del sistema educativo a los estándares internacionales de derechos humanos –lo que se evidencia en los principios establecidos en instrumentos como la Ley General de Educación de 2009,⁹³ el Decreto 83 de 2015,⁹⁴ o la Ley de Inclusión Escolar del mismo año–,⁹⁵ el Estado chileno no ha logrado consolidar un sistema educativo que se sostenga de manera sistemática, progresiva y suficiente en los estándares de derechos humanos en educación. Otro dato que avala esta tesis es la cantidad de denuncias de maltrato escolar que se reportan en las estadísticas de la Superintendencia de Educación, que en 2019 alcanzaron a 5.737. Esta cifra equivale al 48% de las denuncias totales efectuadas en forma anual en las 21 materias que la Superintendencia establece para estos efectos. Esta situación amenaza el corazón del propósito de la educación desde el enfoque de derechos humanos, que apunta al desarrollo de la personalidad y sentido de la dignidad humana.

Frente a esta problemática cabe preguntarse por las razones de la falta de sistematicidad, progresión y suficiencia en el cumplimiento de los estándares de DDHH de los NNA en el sistema educativo. La evidencia muestra que una de las causas de este fenómeno tiene que ver con la lógica de gobernanza mediante la cual se ha organizado la provisión de la educación y con los mecanismos que se han implementado para alcanzar sus metas.

Desde la década de los ochenta, el sistema educativo chileno ha estado sumido en un proceso de profundas reformas con el fin de mejorar la eficiencia y efectividad de su operación. Precisamente, en los años ochenta se implementaron reformas tales como la descentralización de la administración de las escuelas, la subvención a la demanda (*vouchers*), el ingreso de escuelas particulares subvencionadas, la liberalización de la

92 BCN, *Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez: proyecto informado por la Comisión de Familia y Adulto Mayor*, 9 de enero de 2017.

93 Ley 20.370.

94 Decreto 83.

95 Ley 20.845.

labor docente y la creación del Simce. En los años noventa fue el turno de la subvención compartida, la publicación del Simce para proveer información a los padres, madres y apoderados para la elección de escuelas y la creación del Sistema Nacional de Evaluación del Desempeño (SNED). Durante las últimas dos décadas se implementó la Evaluación Docente, la Subvención Escolar Preferencial y la Agencia de la Calidad de la Educación.

Las reformas nombradas han estado caracterizadas por comprender la provisión de los servicios públicos desde la lógica de la gestión pública.⁹⁶ Esta doctrina se refiere a un esfuerzo generalizado y sostenido para reemplazar la antigua administración pública por una lógica centrada en la idea de administrar un gobierno como una empresa.^{97, 98, 99} Lo anterior, mediante políticas de descentralización, promoviendo la competencia, definiendo metas explícitas y evaluaciones de desempeño, ejerciendo mayor énfasis en el control del cumplimiento de las metas, y utilizando incentivos extrínsecos tanto individuales como colectivos.¹⁰⁰ Esta forma de regular los servicios públicos ha sido descrita como “neutral políticamente” y con foco en mejorar en lo técnico la eficiencia y eficacia en la provisión del servicio educativo.¹⁰¹

En educación, la doctrina de la Nueva Gestión Pública nace como una apuesta para reformar las burocracias estatales tradicionales, las cuales eran objeto de críticas por su ineficiente uso de los recursos y por su falta de efectividad en los resultados que alcanzaban.¹⁰² Expertos señalaban que las políticas educativas basadas en entradas (*inputs*) –por ejemplo, la inversión de dinero en educación o disminución de la razón profesor estudiantes– eran un fracaso y llamaron a incorporar mecanismos de gobernanza que utilizaran la rendición de cuentas para promover el cumplimiento de metas (*outputs*).¹⁰³ El objetivo de estos diseños de política fue aumentar la *productividad* del sistema educativo, entendiendo por productividad el valor de las salidas (*outputs*) dividida

96 David Osborne y Ted Gaebler, *Reinventing government: How the entrepreneurial spirit is transforming government*, Addison-Wesley Press, 1992.

97 Peter Aucoin, “Administrative reform in public management: Paradigms, principles, paradoxes, and pendulums”, *Governance*, 3(2), 1990.

98 Christopher Hood, “A public management for all seasons?”, *Public Administration*, 69(1), 1991.

99 Robert B. Denhardt y Janet V. Denhardt, “The new public service: Serving rather than steering”, *Public Administration Review*, 60(6), 2000.

100 Christopher Pollitt, “Is the emperor in his underwear?”, *Public Management Review*, 2(2), 2000.

101 Christopher Hood, “A public management for all seasons?”, *Public Administration*, 69(1), 1991.

102 John E. Chubb y Terry M. Moe, *Politics, markets, and America's schools*, Brookings Institution Press, 1990.

103 Eric A. Hanushek, “The failure of input-based schooling policies”, *The Economic Journal*, 113(485), 2003.

por el volumen de entradas (*inputs*) usadas para producirlas. Para motivar el cumplimiento de metas, el mecanismo de gobernanza que utiliza esta doctrina se centra en el uso de sistemas de responsabilización (*accountability*), los que motivan la mejora en la eficiencia y efectividad en la provisión del servicio educativo, creando los incentivos necesarios para que los actores educacionales centren su atención en cumplir las metas valoradas por el sistema. Estos esquemas de regulación laboral asumen que las y los docentes actúan en forma estratégica y no necesariamente motivados por la misión de la organización o por los beneficiarios del servicio educativo, lo cual implicaría que los incentivos de política deben regular el auto-interés docente para motivarlos hacia el logro de metas y responder a las necesidades de los beneficiarios del servicio educativo.^{104, 105}

Siguiendo esta lógica, vale la pena preguntarnos si el foco en la productividad se traduce en mejoras en la efectividad de la provisión del servicio educativo. Y la respuesta es que esto no necesariamente ocurre así. Tomemos el ejemplo de la ley SEP. Este instrumento entrega una serie de recursos extraordinarios por cada niño considerado como prioritario, que se matricula en un establecimiento que haya firmado el Convenio de igualdad de oportunidades y excelencia educativa (*input*). A cambio, el sostenedor se compromete a cumplir una serie de metas específicas (*outputs*), particularmente Simce que, de no ser cumplidas, le significará aplicación de sanciones. El propósito de esta normativa es ofrecer mayor equidad en el ámbito educativo, además de mejorar la calidad de la educación de las y los estudiantes más pobres del país. En este punto cabe preguntarse: ¿al mejorar el Simce se produce una mayor calidad de la educación? No necesariamente. Si bien esta política ha mostrado incrementos importantes en puntajes de pruebas estandarizadas, también se ha identificado una serie de distorsiones en las prácticas de los adultos, que afectan de manera sustantiva la equidad y la calidad de educación que reciben las y los niñas/os más vulnerables. Esto, pues mientras los adultos buscan cualquier medio para cumplir la meta (*output*) el sentido de la política pública y su propósito último queda excluido.

Es preciso considerar que las metas inmediatas de una política pública –efectos de política fácilmente medibles– son resultados intermedios, mientras que el fin (*outcome*) son los resultados últimos esperados de su implementación. En el sistema educativo chileno, los tratados ratificados por el Estado y la declaración de principios sellados

104 Kathleen M. Eisenhardt, "Agency theory: An assessment and review", *The Academy of Management Review*, 14(1), 1989.

105 Christopher Pollitt y Geert Bouckaert, *Public management reform: A comparative analysis-new public management, governance, and the Neo-Weberian state*, Oxford University Press, 2011.

en las políticas educativas de la última década, representan los fines que debiera alcanzar el sistema educativo. Sin embargo, mediante la gobernanza a través de incentivos –y por el hecho de no tener alicientes orientados a alcanzar estos propósitos (*outcomes*)–, dichos principios de orientación no están en el centro de atención de las personas encargadas de implementar las políticas públicas en educación. En otras palabras y parafraseando a Campbell, uno tiene lo que incentiva.¹⁰⁶

Tal como se ha planteado en la parte 1 del presente capítulo, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, el propósito de la educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y sentido de su dignidad, desarrollando al máximo las aptitudes, capacidad mental y física de los NNA. A su vez, debe inculcar el respeto por el medio ambiente natural y promover el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; el respeto a los padres, a la propia identidad cultural, idioma, valores nacionales del país en que se vive, del país de origen y de otras civilizaciones. De esta manera se estará formando a personas capaces de desenvolverse en una sociedad libre y favoreciendo la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y grupos raciales, étnicos o religiosos.¹⁰⁷ De lo anterior, se desprenden dos aspectos a ser considerados en relación al concepto de educación de calidad: (a) que la educación de calidad hace referencia a la dignidad e integralidad del ser humano; y (b) que el derecho a la educación no solo es relevante desde la óptica de quienes lo ejercen, sino que también “desde la perspectiva de la sociedad en que se inserta”.¹⁰⁸ A partir de esta mirada, la discusión sobre los propósitos del sistema educativo desborda el debate meramente técnico, y adquiere un carácter ético. Esto implica un proceso de deliberación política, que nuestra sociedad no ha experimentado en profundidad. Sobre esto último, el actual proceso de discusión constitucional resulta una oportunidad para debatir respecto del sentido del sistema educativo con miras a materializar los propósitos fundamentales de la educación desde un enfoque de derechos humanos.

La emergencia de la pandemia ha intensificado las contradicciones que manifiesta el sistema educativo en materia de respeto a los derechos humanos. Desde el comienzo de este año, las autoridades ministeriales han insistido en continuar la gestión del modelo educativo mediante los sistemas de gobernanza señalados y promoviendo una suerte de

106 Donald T. Campbell, “Assessing the impact of planned social change”, *Evaluation and Program Planning*, 2(1), 1979.

107 *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 29); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Parte III, art. 13).

108 Constanza Salgado, “El derecho de los niños a una educación de calidad”, *Constitución política e infancia, una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Unicef, 2017, pp. 291-328.

normalidad en el funcionamiento para alcanzar las metas del sistema. La vuelta a clases, conseguir la cobertura curricular, la promoción de estudiantes de un curso a otro y la rendición del Simce han sido algunos de los temas centrales en que las autoridades han puesto su atención. Sin embargo, cada uno de estos aspectos de la gobernanza del sistema ha perdido relevancia práctica frente a las sensibles necesidades expresadas por los NNA en el contexto de esta pandemia. Al respecto, algunos académicos plantean que no se debiera hablar de deserción, sino de exclusión escolar, debido a que no es el o la estudiante quien deserta, sino que existen múltiples factores que obligan al NNA a interrumpir su trayectoria escolar.¹⁰⁹

Por otra parte, una de las decisiones de emergencia, tomada en las actuales circunstancias, ha sido la de priorizar el currículo, reduciendo significativamente la cantidad de objetivos de aprendizaje que deben ser abordados en el proceso educativo. Esta priorización, que establece aprendizajes imprescindibles, debiera ser considerada como un primer paso para pensar en un nuevo currículo para Chile, tomando en cuenta que las bases curriculares de 1° a 6° año básico pronto cumplirán 10 años desde su entrada en vigencia.¹¹⁰ De esta manera, la pandemia ha abierto una oportunidad de iniciar la discusión de un nuevo currículo para la educación escolar, cuyo diseño debiera considerar los estándares de derechos humanos en esta materia como el principal horizonte de sentido.

En términos generales, frente a la situación de pandemia y ante tanta incertidumbre, emerge la necesidad de buscar orientaciones más amplias que guíen la toma de decisiones y se conviertan en un apoyo a las personas, de tal manera que sus decisiones sean saludables desde una perspectiva ética. Desafortunadamente, la insistencia en el cumplimiento de las metas de corto plazo, por sobre la orientación a los propósitos del sistema, ha gatillado una serie de desencuentros entre los profesionales de la educación, los gremios, las autoridades y los padres y apoderados. La incertidumbre y desorientación de las comunidades educativas ha aumentado a medida que avanza este año escolar, al punto de verse obligadas a definir sus propias prioridades a nivel local con el objeto de cumplir su labor de la mejor manera posible.

109 *La Tercera*: "Promoción automática: inclusión educativa ante crisis sanitaria", 8 de septiembre de 2020.

110 *El Mostrador*.cl: "La 'priorización curricular' como primer paso para reformar el currículum escolar", 30 de mayo de 2020.

CONCLUSIONES

- El Estado de Chile ha cumplido con cinco de las treinta y una recomendaciones realizadas por el *Informe*, entre 2014 y 2019. En ocho de las recomendaciones existe evidencia de avances parciales, con importantes deudas si es que aspiramos a un cumplimiento robusto de los estándares. Respecto de dieciséis recomendaciones no existe evidencia de avance y en otras dos se observan retrocesos que han empeorado la situación del respeto de derechos humanos de NNA en el sistema educativo chileno.
- Lo anterior, sumado a la falta de avances respecto de recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, demuestra la existencia de un severo problema de laxitud en la adherencia del Estado a los tratados internacionales de derechos humanos con los que él mismo se ha comprometido y que forman parte de su ordenamiento jurídico. Esta laxitud se evidencia en falta de sistematicidad, progresión y suficiencia en el cumplimiento de los estándares de derechos humanos de los NNA en el sistema educativo.
- Las reformas educativas implementadas por Chile, desde la década de los ochenta a la fecha, se fundamentan en una doctrina cuyo fin es mejorar la eficiencia y efectividad de la provisión del servicio educativo. En dicha doctrina se crean incentivos para que los actores educativos centren su atención en cumplir metas de corto plazo que no reflejan los propósitos de la educación fijados por los estándares internacionales de derechos humanos.
- La pandemia que experimenta el país ha profundizado las contradicciones que manifiesta el sistema educativo en materia de respeto y garantía a los derechos humanos. Las autoridades ministeriales han promovido una forma de funcionamiento que mantiene la atención en las metas a corto plazo, sin hacerse cargo de los propósitos de la educación ni de las necesidades esenciales de los NNA en el contexto actual.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda al Estado de Chile impulsar iniciativas concretas, basadas en experiencias exitosas de otros países, con el fin de identificar mecanismos que permitan alinear de manera efectiva la gobernanza del sistema educativo con los estándares de derechos humanos.
- Se recomienda al Estado de Chile desarrollar una estrategia que permita evaluar la sistematicidad, progresividad y suficiencia de

las medidas que adopta para integrar los estándares internacionales de derechos humanos en educación.

- Como fruto de un debate político amplio, se recomienda a los diversos actores sociales y políticos, definir los propósitos del sistema educativo chileno, su relación con los estándares internacionales de derechos humanos y con el modelo de sociedad que se quiere forjar a partir de la educación. Lo anterior cobra especial relevancia en el contexto de debate constitucional en que nos encontramos como país.
- Se recomienda al Ministerio de Educación ofrecer orientaciones respecto de la implementación pedagógica en período de pandemia y sobre el eventual retorno a clases, en base a principios que permitan a las comunidades educativas tomar decisiones sustentadas en el respeto de los derechos humanos de los NNA. Lo anterior supone considerar los criterios de flexibilidad y adaptabilidad, tomando en cuenta la complejidad de la situación actual. Asimismo, se recomienda visualizar la situación que se vive en el país como una oportunidad para cambiar las bases curriculares, por lo menos de educación básica, considerando los estándares de derechos humanos como horizonte de sentido.

DERECHO A LA SALUD Y PANDEMIA EN CHILE

María Belén Saavedra¹

“Economic growth accompanied by worsening social outcomes is not success. It is failure.” Jacinda Ardern.²³

- 1 Abogada UDP, magíster en Derecho Público y Litigación Oral Constitucional. Asociada del Instituto O’Neill, Facultad de Derecho, Universidad de Georgetown.
- 2 “El crecimiento económico acompañado de un empeoramiento de la sociedad no es un éxito. Es un fracaso”. (Traducción propia).
- 3 Este capítulo no hubiera sido posible sin el gran trabajo de los siguientes ayudantes: María Santa Ahumada Yávar, Mónica Bugueño Alegría, Nathaly Obregón Fernández, Vicente Rojas Carstens y Valentina Sánchez Berrios. A todos y todas mis más sinceros agradecimientos.

INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró estado de pandemia el 11 de marzo de 2020.⁴ Es la sexta vez que se declara pandemia en la historia de la institución. En su declaración pública señaló que el Covid-19 “es parte de una amplia familia de virus que se encuentran tanto en animales como en humanos. Algunos infectan al ser humano y se sabe que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS).”⁵ A la fecha de redacción de este capítulo, prácticamente todos los países del globo se han enfrentado a sus elevados índices de contagio, existiendo cerca de 17 millones de casos a nivel global. La mayoría de los países con casos activos ha decidido dictar medidas de excepción constitucional para proteger a la población. Entre las más comunes se encuentran las de restricción a la libertad de tránsito, como las cuarentenas o toques de queda obligatorios, así como también, la priorización de recursos hacia la salud pública y paquetes de medidas económicas.⁶

El presente capítulo se centrará en la reacción de los organismos internacionales y el Estado de Chile ante la actual pandemia de Covid-19 y en los estándares de derechos humanos que se han fijado para la protección de todas las personas en estos tiempos sin precedentes, particularmente en relación al derecho a la salud.

Como sabemos, los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles, sin embargo, situaciones extraordinarias como guerras, pandemias o catástrofes naturales ponen a prueba la implementación de medidas que aseguren la protección de los derechos de la ciudadanía. Sin embargo, en algunas oportunidades, estas catástrofes

4 OMS, *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*, 27 de abril de 2020 (fecha de consulta: 1 de agosto 2020).

5 OMS, *Questions and answers on coronaviruses (COVID-19)*, 17 de abril de 2020 (fecha de consulta: 1 de agosto 2020).

6 Se pueden observar diversas políticas públicas globales en el siguiente espacio: <https://covidlawlab.org>

se prestan para que las autoridades tomen decisiones populistas o antidemocráticas que vulneran los derechos humanos de la población.

El conocimiento de los estándares de derechos humanos vinculantes en la materia y el análisis de las medidas implementadas por el gobierno a la luz de estos, es vital para la futura rendición de cuentas y para la protección de grupos vulnerables.

El presente capítulo contiene comentarios sobre niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), personas privadas de libertad, población LGBTI, mujeres y migrantes, en lo que se refiere al derecho a la salud en tiempos de pandemia. Debido a la extensión destinada a cada temática, no todos los grupos vulnerables analizados han podido ser tratados con el mismo nivel de profundidad, y por ello instamos al lector a revisar los demás capítulos de este *Informe* con el fin de obtener información más específica de otros grupos vulnerables.

La primera parte de este capítulo sintetiza los estándares de derechos humanos fijados por los organismos internacionales que, a la fecha, se han pronunciado respecto a la pandemia de Covid-19. Luego, se realiza un análisis de las medidas de salud pública que se han tomado en nuestro país con el fin de proteger a la población y se evalúa si han cumplido, o no, con los estándares ya señalados.

Todo este capítulo se ha complementado con transcripciones de entrevistas virtuales en la plataforma Zoom a expertas en materia de salud, políticas públicas y derecho con el fin de conocer sus percepciones sobre el manejo de la pandemia por parte del gobierno.

I. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

Chile se encuentra regido por dos sistemas de derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, el sistema universal, de conformidad a las ratificaciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de sus diversas Convenciones. Por otra parte, el sistema interamericano, de conformidad a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este apartado revisaremos, primero, los estándares en salud que se han dictado por el sistema universal, para posteriormente revisar los dictados en el sistema interamericano. Cabe recordar que es posible someter a Chile a juicios por responsabilidad internacional en cualquiera de los dos sistemas.

1.1 Sistema universal

En el sistema universal el estándar de salud que se encuentra recogido

en los tratados internacionales es: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Dicho estándar se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC.

Para analizar qué conlleva este derecho examinaremos tres instancias distintas: la primera, el texto expreso de los tratados internacionales; la segunda, los comentarios de los comités de expertos de esos tratados y, por último, las modificaciones o agregaciones que se les han realizado debido a la pandemia de Covid-19.

a. Tratados internacionales de derechos humanos y declaraciones no vinculantes⁷

Con relación a los tratados internacionales de derechos humanos y otras declaraciones no vinculantes, el derecho internacional ha desarrollado, desde sus inicios, la importancia del derecho a la salud. Así, en 1946, la Constitución de la OMS señalaba en su preámbulo y artículo 1:

“El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”. Luego en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos señalaba en su artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...)”; y en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra por fin el derecho a la salud como se conoce hoy en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando en su artículo 12.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

El derecho a la salud se encuentra consagrado en muchísimas otras convenciones y declaraciones,⁸ sin embargo, suele ser subutilizado debi-

7 Texto de todas las normativas relacionadas con el derecho a la salud en el sistema universal, en inglés: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/InternationalStandards.aspx>.

8 *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 1965), Art. 5 d) iv). *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 1979, Arts. 10 (h) y 11 (f). *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989, Art. 24: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”. *Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, 1990, Arts. 28, 43.1.(e) y 45. *Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad*, 1991, Párrs. 1 y 11. *Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA*, 2001, Párrs. 58-61. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2006, Art. 25. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2006, Arts. 21, 23 y 24. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, 2015, Párr. 9.

do a que se cree comúnmente que el derecho internacional solo consagra derechos civiles. Lo anterior dista mucho de la realidad y, tal como veremos en el siguiente apartado, existe bastante claridad sobre las obligaciones que se desprenden de dichas convenciones y declaraciones.

b. Comités de tratados

Además del texto expreso de los tratados internacionales de derechos humanos, el sistema universal se nutre constantemente de los pronunciamientos e interpretaciones de sus diversos comités. En este apartado mencionaremos los más relevantes para establecer el concepto y los estándares del derecho a la salud en general y luego para cada grupo vulnerable.

b.1 Concepto, elementos esenciales y obligaciones mínimas

Comité DESC

En la *Observación general N° 14 (2000)*, el Comité interpretó el derecho a la salud “como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva” (párr. 11). Según el Comité, los elementos esenciales de este derecho son:

- a. *Disponibilidad*. Un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, así como de programas.
- b. *Accesibilidad*. No discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad), accesibilidad de la información.
- c. *Aceptabilidad*. Respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, que tengan en cuenta la edad y el género.
- d. *Calidad*. Adecuados desde el punto de vista científico y médico.

Estos elementos deben estar presentes en todas las facetas del derecho a la salud, para todos los grupos vulnerables (por ejemplo, como indica el Comentario General N° 22, de 2016, el derecho a la salud sexual y reproductiva debe tener los cuatro elementos mencionados).

En relación con el derecho a la salud, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir. Así, “la obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los

Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12 del Pacto. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.”⁹

b.1.1 Salud sexual y reproductiva

En su *Observación General N° 22 (2016)*, el Comité reafirmó expresamente que “el derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto”. La definió como “un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva (...)”¹⁰ (párr. 5). Aclaró, además, que “la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos” y que “el derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es imprescindible para su autonomía”.

b.1.2 Grupos históricamente discriminados

Con relación a los grupos históricamente discriminados, los Comités de los órganos de los tratados se han referido a los enfoques diferenciados necesarios para garantizar la realización de sus derechos. Así, en el caso de las mujeres, la *Observación General N° 24 del Comité CEDAW* afirmó que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el acceso de las mujeres a los servicios de atención médica y a la información. El Estado tiene la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio, lo que implica adoptar medidas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole, al máximo de los recursos disponibles. Debe garantizarse el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación para la defensa del derecho a la salud.¹¹ En especial, se indicó que las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apro-

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2000.

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 22: Derecho a la salud sexual y reproductiva*, 2012.

11 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observación general 24: La mujer y la salud*, 1999.

piadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer.¹²

Similar consideración ha tenido el Comité DESC, que en su Observación General N°14 planteó que la estrategia sanitaria de los Estados debe prever, en particular, las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en especial, en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.¹³

En relación con los niños, niñas y adolescentes (NNA) la Observación General N°14 del Comité DESC, señala que los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades. Esto incluye el acceso a la información, respetuosa del niño, sobre prevención y fomento de la salud; y la prestación de ayuda a las familias y comunidades para poner en práctica esas medidas. La aplicación del principio de no discriminación implica que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental. Es preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para eliminar el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones. Es indispensable dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad.¹⁴ Por su parte, el Comité de Derechos del Niño definió a la salud como un “derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud”. Indicó que el derecho del niño a la salud es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención. Se reafirmó que debe respetarse el principio

12 Ibid.

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2000.

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2000.

de interés superior del NNA en toda decisión en materia de salud, lo que incluye su derecho a ser escuchado en función de su edad y nivel de madurez.¹⁵

En relación con las personas migrantes, en una publicación conjunta entre el Alto Comisionado de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional para las Migraciones, se señaló que los Estados deben asegurarse de que cuentan con establecimientos, bienes y servicios de salud, y son accesibles, aceptables, de buena calidad y aplicables a todos los sectores de la población, incluidos los migrantes. Los gobiernos deben ser conscientes de que, al negar a los migrantes el acceso a intervenciones primarias de salud, los Estados se exponen a mayores costos financieros y riesgos de salud pública, debido a que las enfermedades podrían volverse crónicas y más costosas de tratar si no se interviene en los primeros momentos. No recibir ningún tipo de atención preventiva y primaria puede generar riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad de acogida. Por consiguiente, el derecho al más alto nivel de salud física y mental posible también se aplica a los migrantes en situación irregular. Un servicio de salud que responda a las necesidades de los migrantes puede contemplar servicios de interpretación, traducción de material escrito y la “mediación cultural” en los hospitales y centros de salud.¹⁶

c. Modificaciones luego de la pandemia Covid-19

Luego de la proliferación de los contagios globales de Covid-19, los órganos internacionales de derechos humanos debieron identificar y luego intentar dar soluciones a los conflictos asociados con la pandemia. A raíz de lo anterior, Naciones Unidas difundió el informe titulado “La COVID-19 y los derechos humanos: en esto estamos todos juntos”. En su informe, la ONU indicó que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que todos estén protegidos contra este virus y su impacto. Esto puede requerir medidas especiales y de protección para grupos particulares más expuestos o desproporcionadamente afectados.

En el caso de las mujeres, la ONU sostuvo que la discriminación de género arraigada genera la posibilidad de vivir mayor violencia doméstica y vulnerabilidad socioeconómica, además de reconocer el rol principal de las mujeres como cuidadoras de sus familias.¹⁷

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, se reconocen los obstáculos de los NNA para asistir a sus establecimientos educacionales,

15 Comité de Derechos del Niño, *Observación General Nº15: El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2013.

16 OIM, *Migración internacional, Salud y Derechos Humanos*, 2013. (Fecha de consulta: 1 de agosto 2020).

17 Naciones Unidas, *La COVID-19 y los derechos humanos: en esto estamos todos juntos*, abril 2020.

la eventual separación con sus padres y el aumento del riesgo de violencia doméstica.¹⁸

Sobre las personas migrantes, se destacó el riesgo que tienen de sufrir discursos de odio, intolerancia y xenofobia. Además, se advierte sobre la situación excepcional de hacinamiento y falta de acceso a servicios que viven producto de los cierres fronterizos y las modificaciones a las leyes de asilo.¹⁹

En relación a las personas privadas de la libertad, se reconoce el peligro de la propagación del virus como resultado del hacinamiento carcelario, además de las tensiones internas en las cárceles debido al Covid-19. En este sentido, se promueven las medidas no privativas de libertad y los indultos en el caso de algunos presos por delitos menores.²⁰

En lo referido a las personas LGBTI+, el informe se refiere a la discriminación que podrían enfrentar al intentar acceder a servicios de salud, además de los problemas que se les pueden producir durante las cuarentenas debido al actuar policial.²¹

2. SISTEMA INTERAMERICANO

En el caso del sistema interamericano no existen comités de tratados, por lo que revisaremos primero, el texto expreso, luego, la jurisprudencia relevante para generar el estándar más actualizado y, por último, las modificaciones o agregaciones que se han realizado en el contexto del Covid-19.

a. Normativa

El derecho a la salud no se encuentra estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos. La CADH solo reconoce los DESC de manera genérica en el artículo 26:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo - Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Ibid.

El derecho a la salud está expresamente reconocido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador²² y también se hace referencia a este derecho en el Artículo XI de la Declaración Americana.²³

La Corte IDH ha estudiado los derechos económicos, sociales y culturales a partir de su interrelación con los derechos civiles y políticos (doctrina de justiciabilidad indirecta). Así, ha relacionado el derecho a la salud con el derecho a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana. A partir del principio de integridad, la Corte IDH también ha utilizado e interpretado otros instrumentos del DIDH como el PIDESC y la Observación General N° 14 del Comité DESC.

Por ello, en el sistema interamericano los estándares en relación con el derecho a la salud se identifican a partir de las sentencias de la Corte IDH, donde ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por la violación a los derechos a la vida, integridad y dignidad personal.²⁴

b. Jurisprudencia

b.1 Principios generales

Entre los principios generales que rigen el sistema interamericano están la interdependencia y la progresividad. Cuando hablamos de interdependencia señalamos que todos los derechos se encuentran conectados –los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales– sin jerarquía entre ellos y siendo exigibles en todos los casos.²⁵

22 *Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

23 *Artículo XI – Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.*

24 Jesús Sanabria Moyano, Cindy Merchán López y Mayra Saavedra Ávila, “Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *El Ágora USB*, 2018.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) versus Perú*, Sentencia de Fondo, 2009. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gonzales Lluy y otros versus Ecuador*, Sentencia de Fondo, 2015.

En lo que se refiere a la progresividad, la Corte IDH ha señalado que del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprenden dos tipos de obligaciones: las de exigibilidad inmediata y las de carácter progresivo. En cuanto a las segundas, el deber del Estado es que no exista regresividad. Respecto del principio de progresividad, la Corte IDH planteó lo siguiente: “El Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y (...) el cumplimiento (...) podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.” Sin embargo, este margen para la realización efectiva no justifica la inacción, en tanto el tribunal reiteró que “las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requieren la continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos”. En materia de salud, la Corte IDH consideró que “el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud” y que “la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles”.²⁶

b.2. Contenido y alcance del derecho a la salud como derecho autónomo

Con respecto al contenido del derecho a la salud como derecho autónomo, el primer pronunciamiento de la Corte al respecto se produce en un caso contra el Estado de Chile (el *caso Poblete Vilches y otros versus Chile*, 2018). En él la Corte plantea que este derecho se encuentra protegido por el art. 26 CADH, y que se deriva (1) de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (Arts. 34 y 45), y (2) del artículo XI de la Declaración Americana. La Corte también hace referencia a otros instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud: el Protocolo de San Salvador, la DUDH, el PIDESC, la CEDAW, la CDN, entre otros. La Corte planteó que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cuscul Pivaral y otros versus Guatemala*, Sentencia de Fondo, 2018, párrs. 141-148.

servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.²⁷

La Corte ha interpretado nuevamente el derecho a la salud en dos casos posteriores: el caso *Cuscul Pivaral y otros versus Guatemala*, de 2018,²⁸ y el caso *Hernández versus Argentina*, de 2019.²⁹

b.3 Obligación de fiscalizar

La Corte ha señalado que la obligación de los Estados de regular y fiscalizar no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud (párr. 90). La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional. Los Estados deben crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud (párr. 98).³⁰ Similar pronunciamiento se encuentra en el caso *Albán Cornejo y otros versus Ecuador*, de 2007.³¹

b.4 Grupos históricamente discriminados

Respecto a las personas migrantes en situación irregular, la Corte IDH concluye que se debe garantizar la accesibilidad de la atención médica en casos de emergencias, en todo momento y sin discriminación. La atención sanitaria debe ser integral.³²

En el caso de las personas con VIH, la Corte IDH se remite a las directrices del Alto Comisionado y de ONUSIDA para concluir que requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud. Se reitera la prohibición de discriminación a personas con VIH en el ámbito de salud, y se aclara que la condición de ser persona con VIH es una categoría protegida por el art. 1.1 CADH.³³

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Poblete Vilches y otros versus Chile*, Sentencia de Fondo, 2001.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cuscul Pivaral y otros versus Guatemala*, Sentencia de Fondo, 2018.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Hernández versus Argentina*, Sentencia de Fondo, 2019.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Ximenes Lopes versus Brasil*, Sentencia de fondo, 2006.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Albán Cornejo y otros versus Ecuador*, Sentencia de Fondo, 2007.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Nadege Dorzema y otros versus República Dominicana*, Sentencia de Fondo, 2012, párr. 108.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gonzales Lluy versus Ecuador*, Sentencia de Fondo, 2015, párr. 197.

Respecto de los estándares aplicables a personas con VIH, la Corte IDH ha entendido que el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El derecho a la salud de las personas que viven con VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención.³⁴

Por su parte, en relación a las personas privadas de libertad, la Corte IDH ha establecido que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar la revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera.³⁵ A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.³⁶ Posteriormente, reiteró que la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de la libertad y bajo custodia del Estado podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otras.³⁷

c. Modificaciones y agregaciones luego de la pandemia Covid-19

El 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó la Declaración N°1/20, señalando lo siguiente: “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal,

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cuscul Pivalar y otros versus Guatemala*, Sentencia de Fondo, 2018, párr. 114.

35 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), Art. 5.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Tibi versus Ecuador*, Sentencia de Fondo, 2004, párr. 156.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Vera Vera y otra versus Ecuador*, Sentencia de Fondo, 2011, párr. 44.

la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.”³⁸

El 10 de abril de 2020, la CIDH adoptó la Resolución N°1/2020, fijando estándares y recomendaciones para orientar a los Estados sobre las medidas que deberían adoptar en la atención y contención de la pandemia por Covid-19, de conformidad con el pleno respeto a los derechos humanos. Afirma así la CIDH al respecto: “Las personas con COVID-19 corren un especial riesgo de no ver asegurados sus derechos humanos, en particular a la vida y a la salud, mediante la adecuada disposición de instalaciones, bienes y servicios sanitarios o médicos.”³⁹

Posteriormente, el 27 de julio de 2020, la CIDH adoptó la Resolución N°4/2020, que tiene como objetivo establecer “Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”,⁴⁰ para contribuir al enfrentamiento de la pandemia y sus efectos desde la perspectiva de los derechos humanos en las Américas. Como directriz general, la CIDH resolvió lo siguiente:

Los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID-19, inclusive mediante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario, que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de tales derechos en sus normas, políticas y toma de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados.⁴¹

38 Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, 9 de abril de 2020. *COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales.*

39 Resolución Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 4/2020, *Sobre derechos humanos de las personas con COVID-19*, pág. 3.

40 *Ibid.*

41 Resolución Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 4/2020, *Sobre derechos humanos de las personas con COVID-19*, pág. 4. En la misma resolución, la CIDH también adoptó las siguientes directrices: 1. Directrices sobre la protección del derecho a la salud de las personas con COVID-19. 2. Directrices sobre la protección del derecho al consentimiento previo, libre e informado de las personas con COVID-19. 3. Directrices sobre la protección del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con COVID-19. 4. Directrices para la prioridad de la vida de las personas con COVID-19 en las políticas públicas, recursos y cooperación. 5. Directrices sobre la protección de los derechos de las personas con COVID-19 en relación con la intervención de actores privados o empresas en el ámbito de la salud. 6. Directrices sobre la protección del derecho de acceso a la información de las personas con COVID-19. 7. Directrices sobre la protección del derecho a la confidencialidad, privacidad y uso de datos personales de las personas con COVID-19. 8. Directrices sobre la protección de los derechos de las personas trabajadoras de la salud y del cuidado que atienden personas con COVID-19. 9. Directrices sobre acceso a la justicia de las personas con COVID-19. 10. Directrices sobre el duelo y los derechos de familiares de las víctimas fallecidas por COVID-19. 11. Directrices sobre la protección de otros DESCA de las personas con COVID-19, respecto a la estabilidad laboral, suministro de agua y alimentos, adecuación de espacios dignos de aislamiento temporales, suspensión de desalojos, pagos de renta, y el derecho a la educación, entre otros.

2. MEDIDAS IMPLEMENTADAS POR EL GOBIERNO

Con la finalidad de combatir la pandemia de Covid-19 el gobierno de Chile ha dictado una serie de decretos supremos y resoluciones que afectan o restringen los derechos de las personas. En este apartado analizaremos algunas de estas medidas, particularmente las que se enfocan en disminuir el contagio (medidas de restricción o prohibición de desplazamiento) y aquellas que buscan asegurar la protección de la salud de las personas contagiadas de Covid-19, y personas no contagiadas que requieren tratamiento y protección de salud.

2.1 Medidas de prohibición de desplazamiento, cuarentenas y toques de queda

Con fecha 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública declaró Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por calamidad pública en todo el territorio chileno, por un periodo de 90 días mediante el decreto supremo N° 104. El lunes 15 de junio de 2020, dicho Estado de Excepción se prorrogó por un plazo adicional de 90 días, y posteriormente se extendió hasta el 15 de diciembre.

Desde el 22 de marzo se estableció un toque de queda general en el país que prohíbe a la población salir de sus domicilios entre las 22.00 horas y las 5.00 de la madrugada del día siguiente. El toque de queda se materializó a través de la resolución exenta N° 202 del Ministerio de Salud, fechada el 22 de marzo de 2020. Además del toque de queda general, existen cuarentenas geolocalizadas: las comunas afectadas por esta medida son notificadas por el Ministerio de Salud, el cual determina las comunas que ingresan, mantienen, o terminan su cuarentena. El Ministerio de Salud define estas localidades analizando el número de contagios por número de habitantes.

En entrevista con el Colegio Médico, consultada la asociación gremial sobre esta forma de establecer las cuarentenas, nos señalaron lo siguiente: “(sobre) las cuarentenas dinámicas, como les ha llamado el gobierno, es súper cuestionable si fueron efectivas o no. Cuando se implementaron en la Región Metropolitana, se dispararon los casos, vemos que Chile llegó a estar en el top 10 de contagios esa semana. También la mortalidad aumentó muchísimo, si bien la letalidad no es tan alta porque se hacen muchos test igual es alta si la comparamos a nivel internacional, nivel de Latinoamérica y eso es claramente un error en la política pública porque Chile tiene un nivel socioeconómico que es mayor a otros países de la región. En Región Metropolitana hay mucha movilidad por comuna, por lo cual hacer cuarentena por comuna no fue una estrategia adecuada”.

Durante la cuarentena, naturalmente, no se permite a nadie salir a la calle, excepto para realizar ciertas actividades determinadas como

“esenciales” por la autoridad sanitaria. Para ello, Carabineros de Chile estableció un sistema de permisos de desplazamiento –individuales y colectivos– que son instrumentos temporales que autorizan a las personas para realizar actividades fundamentales y abastecerse de bienes y servicios esenciales, en comunas que están en cuarentena sanitaria. Los permisos solo permiten desplazamientos durante el día (entre 5:00 am y 10:00 pm) en zonas declaradas en cuarentena sanitaria y no se entregan para desplazamientos en horarios de toque de queda.

Las personas que transitan por las comunas con cuarentena total pueden ser fiscalizadas por Fuerzas Armadas y Carabineros, y si no contasen con el permiso o autorización respectivo, arriesgan sanciones que van desde multas hasta la privación de libertad.

Según las estimaciones de Carabineros, más de 114 millones de documentos se emitieron a través del portal Comisaría Virtual, desde el 22 de marzo hasta el 7 de septiembre. De ese total, más de 111 millones fueron solicitados para obtener permisos temporales, mientras que alrededor de 3 millones correspondieron a salvoconductos que se utilizaron para circular en la vía pública durante el horario de toque de queda decretado por el Gobierno y que lleva 6 meses instaurado.⁴² Esta situación puede afectar la salud mental y la integridad psíquica de las personas al no tener claridad sobre cuándo podrán retomar sus actividades individuales. La situación es aún peor para quienes, con independencia de las medidas gubernamentales, han mantenido cuarentena voluntaria y estricta desde marzo, como es el caso de muchos adultos mayores.

El 23 de junio de 2020, mediante la Resolución Exenta N°591, el gobierno inició una serie de medidas para lograr el desconfinamiento del país. El plan para realizarlo se denominó “Paso a Paso”⁴³ y cuenta con cinco etapas distintivas: la primera es cuarentena, la segunda transición, la tercera preparación, la cuarta apertura inicial y la última apertura avanzada.

Es imposible evaluar hoy la efectividad del plan, dada su reciente implementación. Lo que consideramos delicado es la diferencia entre los criterios sugeridos por el grupo de expertos y los sostenidos por el MINSAL para dar inicio al desconfinamiento. Lo anterior ha sido advertido por medios y especialistas.⁴⁴

42 Emol.cl: “Más de 114 millones desde marzo: El balance de los permisos temporales y salvoconductos entregados por Carabineros”, 08 de septiembre de 2020.

43 MINSAL, *Plan Paso a Paso, 20 de julio de 2020*. (Fecha de consulta: 4 de agosto 2020).

44 Ciper.cl: “Dato clave para desconfinamiento: gobierno no explica cómo calcula fuerte repunte en trazabilidad de Covid”, 27 de junio de 2020. Radio Nuevo Mundo: “Fen-sen-f: Desconfinamiento en Chile no consideró criterios recomendados por la Organización Mundial de la Salud a partir de los indicadores de reproducción y positividad del virus”, 29 de julio de 2020.

2.2 Medidas de atención de salud

2.2.1 Acceso al test y tratamiento de Covid-19

De conformidad a lo señalado por el Ministerio de Salud, el precio del test para diagnosticar Covid-19 varía según el sistema de salud al que la persona se encuentre afiliada. Así, el copago máximo en modalidad libre elección en FONASA es de \$14.040; para las personas mayores de 60 en tramos A/B el examen es sin costo; para las personas en el tramo C de Fonasa el examen tiene un costo de \$2.800; y para las personas en el tramo D en un hospital público, tiene un costo de \$5.600. Por su parte, en el sistema privado de salud los costos pueden llegar a los \$60.000, dependiendo del plan y copago que se tenga contratado.

En cuanto al tratamiento una vez contagiada la persona, el valor varía dependiendo de la pertenencia al sistema público⁴⁵ o privado de salud. Las ISAPRES, han determinado como valor promedio de copago por parte del asegurado la suma de \$3.000.000, de un total promedio de \$10.000.000 por tratamiento.⁴⁶⁴⁷

Los costos de los test y del tratamiento pueden repercutir, como efecto indirecto, en la postergación de la atención de salud de muchas personas. Lo anterior es particularmente cierto en grupos vulnerables como los migrantes y refugiados, las personas con enfermedades como el VIH, las personas LGBTI y las mujeres.

2.2.2 Priorización de recursos escasos: el dilema de la última cama

Varios países del mundo han atravesado por el dilema de la última cama. Esta situación ocurre cuando el sistema de salud ya sea público o privado, se encuentra en tal estado de ocupación, que es simplemente imposible otorgar las prestaciones de salud, los equipamientos o los instrumentos de protección a todas las personas que lo requieren. En esta materia existen, al menos, dos grandes obligaciones estatales:⁴⁸

1. Prevención: Además de las medidas de aislamiento físico o restricciones a la libertad ambulatoria que ya hemos revisado, el Estado también podría prevenir fortaleciendo la capacidad del sistema a través de la inyección de recursos fiscales. Un buen ejemplo de ello fue el arriendo de Espacio Riesco para contener

45 CNN.cl: “¿Cuánto le cuesta a un paciente Fonasa una hospitalización por COVID-19?”, 28 de mayo de 2020.

46 *La Tercera*: “Hospitalización por COVID: afiliados a Isapres pagan \$3 millones en promedio”, 11 de Junio de 2020.

47 Senado.cl: “Copago de pacientes FONASA e ISAPRE por COVID 19: Comisión de salud conoce realidades opuestas”, 10 de junio de 2020.

48 Silvia Serrano, “Sobre la obligación de prevenir y anticipar el racionamiento de la terapia intensiva en el contexto de COVID-19 y los riesgos de discriminación”, *Revista Derecho del Estado, Colombia*, Universidad Externado, 15 de mayo de 2020.

a población contagiada, o la creación de los hostales sanitarios para prevenir el colapso de las camas médicas de bajos cuidados. También podrían existir traspasos de bienes como camas y ventiladores y profesionales entre regiones más afectadas y menos afectadas con la finalidad de hacer frente a la disparidad de recursos a nivel regional. Esto se realizó en casos aislados con traslado de pacientes inter-regionalmente.

2. Anticipación: Chile debería tener la posibilidad de anticiparse a los colapsos en salud, a través de la entrega de una información oportuna y transparente y poniendo a disposición pública datos desagregados. Una médica especialista del COLMED, consultada sobre el dilema de la última cama, señaló: “No hay un lineamiento ministerial sobre priorización, hubo uno que se publicó en Temuco (...) lo bajaron porque fue muy criticado y de ahí el criterio se toma clínicamente, en cada servicio los médicos deciden”.

Hasta la fecha de publicación de este capítulo, no existe en Chile un documento centralizado sobre priorización de camas en tiempos de Covid-19. Solo existen recomendaciones para los comités de ética,⁴⁹ que no son vinculantes, y se conoce de casos en que los jefes de establecimiento simplemente han determinado las prioridades de manera discrecional.⁵⁰ Esta ausencia de lineamientos centralizados conlleva un riesgo para la población y, también, una encrucijada para los propios profesionales que ante la escasez de un instructivo a nivel nacional, deben definir la priorización de las camas.

El panorama comparado es bastante desolador. En Italia⁵¹, España⁵², Suiza⁵³ han existido documentos de priorización que no han logrado pasar los estándares de no discriminación y, por ende, han sido sumamente criticados. Por su parte, en Estados Unidos cada Estado tiene su propia guía, y existe un sistema de puntaje que hace a un paciente

49 MINSAL, *Recomendaciones para los Comités de ética asistencial en el apoyo de toma de decisiones éticas de los equipos de salud, en contexto de pandemia por COVID-19*, 9 de abril de 2020.

50 T13.cl: “COVID-19: Retiran documento que fijaba criterios para priorizar pacientes UCI de Hospital Temuco”, 3 de abril de 2020. El Mostrador.cl: “Félix Bulnes inicia auditoría por muerte de paciente con síndrome de Down y Minsal dice que no ‘debe existir discriminación’”, 11 de junio de 2020.

51 Euronews.cl: “Médicos italianos ‘obligados’ a priorizar en la UCI a pacientes con mejores posibilidades”, 13 de marzo de 2020.

52 El Español.cl: “Así serían los criterios para decidir quién tiene prioridad cuando falten camas en la UCI”, 20 de marzo de 2020.

53 The Local.cl: “Coronavirus: What is the priority triage in Swiss Hospital”, 23 de marzo de 2020.

“triunfar” por sobre otro luego de analizar distintas variables.⁵⁴ Ninguna de estas guías cumple con los estándares de derechos humanos necesarios para asegurar la no discriminación.

La decisión de conectar a un paciente por sobre otro a un ventilador mecánico (y, por cierto, la decisión de desconectar a un paciente para conectar a otro, que algunos países tuvieron que enfrentar, en especial, al principio de la pandemia) es un tema de derechos humanos.

Chile está en deuda respecto al diseño de un criterio público y con estándares de Derechos Humanos para priorizar los recursos escasos.

2.2.3. Priorización de tratamientos

Existen tratamientos médicos que por su naturaleza son esenciales y no pueden ser discontinuados, ni siquiera en pandemia. Entre ellos se puede mencionar la entrega de medicamentos a las personas con VIH, la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, el tratamiento a mujeres gestantes, por señalar solo algunos.

Hasta la fecha de redacción de este capítulo, no se conoce protocolo de priorización de tratamiento en mujeres gestantes, ni tampoco un protocolo oficial para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en contexto de Covid-19. Lo anterior es particularmente importante dado que, como vimos con anterioridad, los órganos internacionales han advertido sobre la violencia sexual en cuarentena, que afecta desproporcionadamente a mujeres y niñas. El Ministerio de Salud tampoco ha publicado el informe de seguimiento de IVE correspondiente al primer trimestre de 2020.

Hay medicamentos como el misoprostol y la mifepristona, que son esenciales para realizar abortos y garantizar así el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo en las causales contempladas por ley. En este sentido, CENABAST informó a la Corporación MILES Chile que, desde marzo, no ha habido distribución de Misoprostol a los servicios de salud del país, dando como resultado que no hubiera stock en 71 servicios de salud, entre abril y mayo. Respecto a la distribución de la Mifepristona, el CENABAST entregó información parcial que no permite afirmar que hubiese stock del medicamento en los servicios del país, informando solo sobre la situación de 31 de los 69 recintos.⁵⁵

Consultada por estos problemas de abastecimiento, una exautoridad del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género señaló lo siguiente: “Primero, tenemos la denuncia del colegio de matronas de que no existen lineamientos de tratamientos para las mujeres embarazadas en ninguno de los hospitales y clínicas por lo que están literalmente

54 The New York Times.cl: “At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment?”, 31 de marzo de 2020.

55 MILES Chile, *Diagnóstico y Recomendaciones para la atención en salud sexual en contextos de crisis*, 2020, s/p.

suspendidos todos los controles de las mujeres y sus hijos e hijas recién nacidos. La encuesta de Miles establece que la falta de acceso a la salud sexual y reproductiva está totalmente acreditada. No está siendo posible hoy día para las mujeres, sobre todo en el sector público, acceder al examen del PAP ya que no está disponible.”

En relación a las personas que viven con VIH, actualmente no hay evidencia sobre si tienen un mayor riesgo de adquirir Covid-19 o de enfermarse más, sin embargo, muchas personas que viven con VIH son adultos mayores y/o tiene condiciones de salud que podrían hacerles más susceptibles al Covid-19 como, por ejemplo, enfermedades previas de índole cardíaca o pulmonar. Asimismo, las personas que viven con VIH se enfrentan continuamente a conductas estigmatizantes, lo cual podría generar dificultades adicionales para el acceso a servicios de salud durante la pandemia. ONUSIDA, organización que lidera el esfuerzo mundial por poner fin al VIH, publicó en abril del presente año una encuesta realizada en Latinoamérica, donde se estima que un 83,1% –de una muestra no representativa de 1.245 personas seropositivas– desea recibir consejos para la atención médica durante la pandemia.⁵⁶ Por otro lado, muchas de las personas que viven con VIH deben recurrir a los centros médicos en busca de los medicamentos que requieren para continuar su tratamiento, lo que los hace más susceptibles de contagiarse de Covid-19. Asimismo, resulta preocupante que existan personas que no pueden continuar con sus tratamientos habituales por falta de abastecimiento de sus medicamentos o por colapso de los servicios de salud durante la pandemia.

En relación con la respuesta estatal frente a este último riesgo mencionado, CENABAST, en su página oficial, informó que, de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio de Salud en su Decreto N°4 de fecha 8 de febrero del presente año,⁵⁷ se autoriza a los establecimientos de salud a entregar terapias de hasta tres meses para pacientes crónicos. La mayoría de los hospitales efectivamente aumentaron la programación de las unidades de estos fármacos, sin embargo, no todos los laboratorios con los que mantiene un contrato CENABAST, han podido dar cobertura y entregar la totalidad de los medicamentos del Programa de VIH y de otras enfermedades crónicas, pero al menos han cumplido con el abastecimiento de estas terapias por un mes. Esto ha generado que algunos pacientes no pudiesen recibir sus medicamentos de manera íntegra por los tres meses, por los factores mencionados, además de la capacidad limitada de almacenamiento de los hospitales que les impide muchas veces albergar una gran cantidad de fármacos.⁵⁸

56 COLMED, *Género y salud en tiempos de Covid*, Departamento de Género y Salud, mayo de 2020.

57 Decreto N° 4, Ministerio de Salud de 2020.

58 CENABAST, *Cenabast asegura el abastecimiento de medicamentos del Programa VIH*, 26 de junio de 2020.

Según datos proporcionados por organizaciones de la sociedad civil, han quedado en evidencia algunas consecuencias de la pandemia en la salud sexual de las personas. La Corporación MILES⁵⁹ realizó una encuesta, desde el 20 al 29 de abril de este año, a un total de 514 personas, mediante la cual se determinó que un 16% del total de personas presentó dificultades para acceder al examen para la detección del VIH y un 90% de ellas no pudo definitivamente hacerlo. Las causas fueron: porque el lugar no está llevando a cabo el servicio (48%), porque les cancelaron la hora (29%) o por desinformación y aumento en las listas de espera un (16%). Durante junio se aplicó una segunda encuesta con un total de 531 respuestas utilizables, donde el 94% de las personas se identificó con el género mujer, 4,3% como hombres y 1,3% de género no binario. En esta encuesta, en cuanto a las dificultades para la realización del examen que detecta el VIH, de las personas que declararon obstáculos, un 24% tuvo dificultades para realizarse el examen de VIH, mayoritariamente por la no prestación de los servicios de prueba (49%) y, luego, por temor de las personas a contagiarse (46%).⁶⁰ Esto pone en evidencia ciertas dificultades con las que se han encontrado algunas personas en el acceso al test de VIH. Lo anterior resulta grave, en especial, tomando en consideración los altos porcentajes de personas jóvenes portadoras de VIH en nuestro país.

Con respecto a la entrega de fármacos para las personas que viven con VIH, Francisca Crispi, presidenta del Departamento de Género y Salud del Colegio Médico de Chile, manifiesta: “Los stock están, hay anticonceptivos y también las triterapias, el problema es que las personas no están pudiendo acceder a esos fármacos, ya sea por miedo de las mismas personas a contagiarse por lo que no quieren ir a los centros de salud, también desconocimiento si es que todavía se están entregando en contexto de pandemia y ahí creemos que ha faltado una comunicación a la ciudadanía clara, en la que se asegure la mantención de servicios esenciales (...) La triterapia no se ha entregado multimensual que es lo que se pide desde ONUSIDA, y ahí tenemos casos como lo que cuenta Víctor, de personas que los hacen ir a buscarlos cada 10 días, es bien grave, por lo que claro que ha faltado adaptar el servicio a las condiciones de pandemia”.⁶¹

De lo señalado con anterioridad, se desprende que falta por parte del Estado una preocupación específica para reducir el riesgo de problemas de acceso a medicamentos y a la continuidad de la terapia del VIH, al igual que para otras enfermedades crónicas, durante la pandemia.

59 Miles Chile, *Diagnóstico y Recomendaciones para la atención en salud sexual en contextos de crisis*, 2020.

60 Miles Chile, *Segunda encuesta de acceso a la salud sexual y reproductiva en pandemia*, 2020.

61 Entrevista a Francisca Crispi.

2.2.4. Grupos históricamente discriminados

2.2.4.1 Mujeres

El informe de Human Rights Watch (HRW) sobre dimensiones de los derechos humanos en la respuesta al Covid-19, indica que habrá consecuencias particularmente severas en mujeres y niñas producto de la crisis sanitaria. Esta advertencia se fundamenta en experiencias anteriores con enfermedades infecciosas como el virus del Ébola, virus de Zika y la gripe AHN1, que provocaron efectos más perjudiciales en mujeres y niñas, profundizando así la desigualdad de género.⁶² Es por esto que, tanto HRW, como la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han emitido una serie de estándares para que los Estados den atención a este grupo especialmente vulnerable de cara a la actual pandemia.

En Chile, el gobierno no tiene hasta el momento una agenda social con foco en las mujeres y niñas y tampoco ha incorporado perspectiva de género en la agenda de salud por Covid-19. El pasado 23 de junio un grupo de diputados solicitó al presidente Sebastián Piñera, mediante el Proyecto de Resolución N°1168, que “garantice durante el periodo de alerta sanitaria por ocasión de la pandemia COVID-19, la continuidad en la atención y el acceso a la salud sexual y reproductiva en todos sus niveles, para todos y todas los(as) habitantes del país, especialmente el acceso a métodos de anticoncepción para mujeres y hombres de todas las edades, terapia hormonal de la menopausia, se reintegre el examen de Papanicolau a las Garantías Explícitas de Salud, elabore los protocolos u orientaciones técnicas respecto a la atención de mujeres embarazadas, así como de los partos, junto con el acceso a los exámenes y tratamientos de infecciones y enfermedades de transmisión sexual”.⁶³ Para garantizar el derecho a la salud de mujeres y niñas, debe considerarse especialmente la salud sexual y reproductiva como un aspecto impostergable que no puede verse interrumpido producto de la pandemia; esto incluye elaborar estrategias para garantizar el acceso a métodos anticonceptivos, exámenes para detectar ITS, controles a mujeres embarazadas y puérperas, etc.

Los resultados de la encuesta sobre acceso a la salud en contexto de pandemia de Corporación Miles, mostraron que un 43% de las mujeres encuestadas tuvo problemas para acceder a servicios de salud sexual y reproductiva y, de ese total, un 73% tuvo dificultades para acceder a métodos anticonceptivos; un 58% por falta de stock, un 38% por falta de servicio del recinto y un 30% por aumento de precios de métodos anticonceptivos en el mercado. Finalmente, un 49% no pudo acceder

62 Human Rights Watch, *Human Rights Dimensions of COVID-19 Response*, 2020.

63 Cámara de Diputados, *Proyecto de Resolución 1168*, 24 de junio de 2020. Hasta la fecha de redacción de este capítulo el oficio no ha sido respondido por el gobierno de Chile.

a ningún método anticonceptivo. El 24% tuvo problemas para poder realizarse el PAP, examen que detecta el virus del Papiloma Humano que puede provocar cáncer cervicouterino, la mitad de ellas porque el recinto no prestaba el servicio. El 84%, en forma definitiva, no pudo realizarse el PAP. Respecto del VIH, el 16% de las mujeres presentó dificultades para acceder al examen para la detección del VIH y un 90% de ellas no pudo definitivamente hacerlo.⁶⁴

En una segunda encuesta, realizada en junio del presente año, por la misma Corporación Miles,⁶⁵ se evidenció que la principal dificultad es el acceso a los métodos anticonceptivos, alcanzando 74 personas de un total de 531 respuestas. La principal razón es que no se está prestando el servicio (41%), y en segundo lugar la falta de stock (39%). Es relevante destacar que un 38% no pudo acceder a métodos anticonceptivos debido a que estos aumentaron su precio. Un 56% de las personas que tuvo dificultades para acceder a métodos anticonceptivos, finalmente no pudo acceder a ellos. La segunda dificultad observada tiene que ver con la realización del examen PAP. Un 32% de las personas presentó dificultades para su realización, y la principal razón fue que no se está realizando el servicio (45%), seguida por la inasistencia de las personas a los centros de salud por temor al contagio (41%). Finalmente, un 89% de las personas que presentaron dificultades no se realizó el examen.⁶⁶ Otra de las dificultades que se observaron fue el acceso a preservativos, registrándose un total de 23,5% de personas encuestadas que manifestó no haber podido acceder a preservativos (condones penianos y/o vaginales principalmente). Los motivos primordiales fueron no querer acudir a los servicios de salud por temor al contagio de Covid-19 (48%) y por no entrega de preservativos por parte de los servicios de salud (38%). Un 57% de las personas que presentaron problemas para acceder a preservativos no pudieron resolver el problema.⁶⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que para evitar que las mujeres y niñas sufran consecuencias desproporcionadas por la pandemia, el Estado debe incorporar perspectiva de género en todas sus políticas públicas. Para esto debe sumar a mujeres en la toma de decisiones, particularmente sobre aquellas materias que tengan un impacto directo en las mujeres y niñas, como el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.⁶⁸

64 Miles Chile, *Diagnóstico y Recomendaciones para la atención en salud sexual en contextos de crisis*, 2020.

65 Miles Chile, *Segunda encuesta de acceso a la salud sexual y reproductiva en pandemia*, 2020.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 2020.

En la misma línea, consultada sobre la actuación estatal en relación al tema, la directora de Corporación MILES, Anita Peña, afirmó que a raíz de lo alarmante de los resultados de la encuesta se generaron dos proyectos de acuerdo desde el Parlamento para exigir al MINSAL y a la Subsecretaría de redes asistenciales que cumplan la normativa vigente: “Ustedes saben que en Chile contamos con las normas nacionales de regulación de la fertilidad y hay un capítulo que señala que en contextos de crisis sanitaria se tiene que generar un comité en cada uno de los territorios y lo mínimo que se debe proveer son preservativos, anticonceptivos y no solo para un mes”.⁶⁹ De acuerdo a las normas nacionales de regulación de la fertilidad, en contexto de crisis sanitaria se debe incorporar el enfoque de salud sexual y salud reproductiva en las acciones del comité de emergencia y la SEREMI de Salud debe designar a un/a funcionario/a responsable de salud reproductiva (matrona/ón) dentro del sector o el grupo sectorial de salud que participe del comité de emergencias.⁷⁰ Hasta la fecha de redacción de este capítulo, no se conocen funcionarios/as específicamente designados por la SEREMI de Salud, encargados/as del enfoque de salud sexual y reproductiva en comités de emergencia.

2.2.4.2 Personas privadas de libertad

Los estándares internacionales de derechos humanos establecen que los grupos marginados no quedan excluidos del derecho a la salud, por lo que las personas privadas de libertad también están consideradas como titulares de este derecho. Existen varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se establece, con distintos matices, cuestiones que el Estado debe cumplir para garantizar el derecho a la salud de las personas bajo su custodia. Dentro de ellas, debe garantizar el acceso al agua potable, a una alimentación de calidad con valor nutritivo, a atención médica regular y de calidad, a un médico a elección del reo, y a la atención psiquiátrica.⁷¹ En contexto de pandemia, las personas privadas de libertad son un grupo de riesgo, dado que muchas cárceles están superpobladas, por lo que el virus se propaga con mayor rapidez, y las condiciones para tratarlo son precarias. Un reciente informe de la ONU,⁷² sobre derechos humanos en el contexto del Covid-19, establece la necesidad de liberar a un grupo seleccionado de presos, reducir la prisión preventiva, así como los nuevos ingresos, asignar, en lo posible, penas no privativas de libertad y realizar más test a los que no puedan ser liberados.

69 Entrevista a Anita Peña, directora de Corporación Miles.

70 MINSAL, *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*, 2016.

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi versus Ecuador, Sentencia de Fondo, 2004.

72 ONU, *La COVID-19 y los derechos humanos (...)*, op. cit.

En Chile ha estado presente la discusión sobre el tema. Funcionarios de los centros penitenciarios, las familias de los presos y los propios reclusos, han exigido medidas para controlar la propagación del virus. Hasta el 30 de abril de 2020, se reportaron 163 personas privadas de libertad y 181 funcionarios contagiados por el virus, a lo largo del país. En la cárcel de Puente Alto,⁷³ principal foco de contagio del sistema penitenciario, se produjeron varias protestas, por lo que durante el mes de abril se tomaron medidas, tales como la suspensión de ingresos de nuevos imputados, la aplicación del test de confirmación de diagnóstico a los presos, la entrega adicional de insumos sanitarios para personal del centro, vacunas contra la influenza para internos y funcionarios, un mayor control a las visitas, traslado de reos a otros centros penitenciarios, entre otras.⁷⁴ Asimismo, en la cárcel de Rancagua también surgieron protestas en el mes de junio ante un nuevo brote de Covid-19, que según algunas fuentes habría sido producto de los traslados de prisioneros desde Santiago 1 a ese penal.⁷⁵ Por razones similares, ese mismo mes, se produjeron protestas en la cárcel de Huachalalume, en La Serena.⁷⁶

En relación a este conflicto, el 16 de abril de 2020, el gobierno promulgó la Ley 21.228 de indulto conmutativo,⁷⁷ que consiste en conmutar la pena de privación de libertad por una pena de reclusión domiciliaria, para un determinado grupo de presos que cumpla ciertas condiciones, atendiendo a factores como el rango etario, cuánto tiempo de condena ha cumplido y cuánto le resta, el tipo de condena, tener un embarazo o un hijo menor de 2 años, entre otros. Esta medida es una respuesta al problema de sobrepoblación en las cárceles, la gran exposición al virus de reclusos y funcionarios, y su rápida propagación. Sin embargo, surgen problemas más estructurales, como en el caso de los condenados que vivían en situación de calle y al serles concedido este indulto, prefieren permanecer en el centro penitenciario. Hasta el 30 de junio de 2020 la página oficial de Gendarmería establece que se le ha concedido este indulto a un total de 1.441 personas.⁷⁸

73 24horas.cl: "Pandemia en la cárcel: Conoce el número de contagiados por recinto penal en Chile", 30 de abril de 2020.

74 MINJUS.cl: "Covid-19: Ministro Larraín y Mañalich anuncian paquete de medidas especiales para cárcel de Puente Alto", 14 de abril de 2020.

75 El Rancagüino: "Último minuto: protesta en cárcel de Rancagua por nuevo brote de Covid 19", 28 de junio de 2020.

76 24horas.cl: "Protestas en cárcel de Huachalalume por traslados de presos desde Santiago", 16 de junio de 2020.

77 Ley 21228, de 2020.

78 Gendarmería.cl: "Estadística de Población Atendida", 30 de junio de 2020.

2.2.4.3 Niños, niñas y adolescentes (NNA)⁷⁹

Los Estados tienen la responsabilidad de garantizar la protección de los sujetos bajo su cuidado ante el virus y su impacto, pero hay ciertos grupos de la población que son más vulnerables, como los NNA. Este grupo está protegido, en general, por el derecho internacional de los derechos humanos, pero tiene un estatuto específico en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en cuyo artículo 24 señala que: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”. Este derecho a la salud es indispensable para que los niños puedan desarrollar todos los demás derechos que la Convención contempla.

Al inicio de la pandemia se consideró como grupo más vulnerable a personas mayores de 60 años y quienes tenían comorbilidades, generando la impresión errónea de que los NNA no corrían riesgos por el Covid-19. Sin embargo, los boletines epidemiológicos indican que los más jóvenes pueden verse gravemente afectados y, aunque la tasa de mortalidad es baja, las investigaciones científicas indican que la infección por el virus puede generar graves consecuencias a sus órganos.⁸⁰ Al respecto, en Chile se han creado a lo menos tres protocolos de ayuda para NNA hospitalizados, considerando particularmente a quienes tienen necesidades especiales.⁸¹ Es de suma importancia que el principio de interés superior de los NNA siempre esté presente y se respete en cualquier toma de decisión, medida y respuesta ante la pandemia. Esto, por medio de un enfoque integral que considere las posibles consecuencias e incluya el derecho a ser escuchado, considerando la edad y nivel de madurez del NNA.

De acuerdo con el Boletín COVID-19 del Observatorio de la Niñez y Adolescencia, el MINSAL reportó, hasta el 12 de junio, 12.385 personas de 0 a 19 años contagiadas. La pandemia y sus efectos se acentúan, preferentemente en personas vulnerables, en especial en países con problemas serios de desigualdad como Chile. Los niños se ven afectados en diversas dimensiones como, por ejemplo, en el acceso al derecho a la educación por la suspensión de clases,⁸² en problemas con su alimentación y su desarrollo, además de la violencia intrafamiliar y sexual a la que están expuestos. El derecho a la salud, en general, y a

79 Esta temática es abordada a cabalidad en el capítulo sobre infancia de este Informe.

80 OEA, *CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes*, 27 de abril de 2020.

81 MINSAL, *Recomendaciones para prevención de transmisión de la infección por COVID-19 en unidades de pediatría y UPC pediátricas*, 7 de julio de 2020.

82 Ver capítulo de este Informe 2020, Miguel Ordenes y Liliana Ramos, en Marcela Zúñiga (ed.), “Derecho a la Educación: Respuesta del Estado de Chile a sus compromisos con los estándares internacionales De Derechos Humanos”, *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020

la salud mental, en particular, de los NNA, también se ven afectados por el confinamiento y el aislamiento social. Los NNA que más corren peligro son los que carecen de cuidados familiares, se encuentran en situación de calle o pobreza, están en instituciones de cuidado y centros de privación de libertad. Ante los posibles efectos físicos, emocionales y psicológicos producto de las medidas adoptadas en la crisis sanitaria, se debe brindar acompañamiento y apoyo a las familias en situación de incertidumbre y vulnerabilidad.

Por otro lado, la cuarentena puede exponer a los NNA a diversas formas de violencia, siendo necesario mantener recursos destinados a atender servicios y programas de protección, prevención y reparación. Cualquier medida que se tome en relación a la infancia debe considerar la perspectiva de género. En el caso de Chile, en el último tiempo, ha surgido la crítica, desde las mujeres organizadas, respecto al sentido de denunciar abusos sin que existan garantías de protección de la víctima. Esto es muy importante en tiempos de pandemia, teniendo en consideración que las niñas y niños corren mayor peligro de ser víctimas de violencia dentro de su hogar o convivir con su agresor.

El Servicio Nacional de Menores (Sename) se encarga del sistema de protección de niños y niñas, adolescentes infractores de la ley y sistema de adopción, y realiza esta labor de forma directa o a través de privados. Entre el 27 de junio y el 12 de julio, las cifras de contagios confirmados por el Servicio son:⁸³ De un total de 2.349 NNA en organismos colaboradores existen 12 casos confirmados, mientras que en residencias administradas por Sename de un total de 739 NNA, hay 13 casos confirmados. Por su parte, en los tres tipos de internación que existen para la justicia juvenil, en los de régimen cerrado no hay contagiados, en el semi-cerrado hay 8 contagiados de un total de 468; en tanto, en la internación provisoria son ocho contagiados de un total de 271 NNA. Respecto los centros residenciales de protección y reclusión, desde el 15 de marzo, el gobierno decretó aislamiento preventivo adoptando medidas como las restricciones de visitas o la aplicación de diversos protocolos elaborados por equipos técnicos, orientados por el MINSAL, ante casos de sospecha o de contagio.⁸⁴ También se han adoptado protocolos de actuación e implementos sanitarios que deben ser utilizados para evitar el contagio, sin embargo, si bien aparecen señalados en la página del Sename, no se especifica la cantidad ni la forma de distribución en los centros.⁸⁵

Es necesario que el personal técnico y de trato directo con los NNA, bajo cuidado del Sename, tengan herramientas de primeros auxilios

83 Sename, *Cifras de contagios COVID-19 en centros de protección y justicia juvenil*, julio de 2020.

84 Sename, *Plan de acción de SENAME para enfrentar Coronavirus*.

85 SENAME, *Insumos para la prevención y elementos de protección personal*. (Fecha de consulta: 28 de julio de 2020).

psicológicos, considerando, además, que se han destinado recursos adicionales para afrontar la crisis sanitaria en las residencias de organismos colaboradores, inyectando \$1.200 millones para insumos de bioseguridad y asegurar la dotación de funcionarios.⁸⁶ Las residencias cuentan con atención aislada para NNA y funcionarios y, además, existe un protocolo de acción que entrega los lineamientos del MINSAL, disponible en la página web del Sename. Respecto a los adolescentes privados de libertad en centros de justicia juvenil, se recomiendan, al menos, las mismas medidas que para la población carcelaria adulta,⁸⁷ pero tomando en cuenta las condiciones especiales de esta población.

Durante la pandemia en Chile se ha producido un cierto abandono de las preocupaciones, opiniones, vivencias y derechos de los NNA. La Defensoría de la Niñez instó a los organismos estatales a que cumplan sus obligaciones de prevenir, promover y proteger los derechos de los NNA, sin embargo, no hubo, de parte del Estado, una respuesta acorde.⁸⁸ Esto se condice con la falta de una política pública coordinada y transversal con enfoque en derechos humanos, pues los NNA bajo cuidado estatal continúan en situación de precariedad sin plena garantía de sus derechos.⁸⁹ Inicialmente, la Defensoría de la Niñez solicitó información al MINSAL respecto las medidas adoptadas, pero, hasta abril de 2020, no hubo una respuesta estatal que permitiera determinar si se está velando, real y concretamente, por los derechos de un sector de la población sumamente vulnerable como son los NNA. Un avance en este ámbito es el compromiso que adoptaron algunos ministerios para realizar una sesión especial de la Mesa Social Covid-19⁹⁰ para atender esta problemática. Por otro lado, consignamos la reciente aprobación en el Congreso del Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia en reemplazo del Sename,⁹¹ lo cual constituye un paso fundamental para cambiar la visión tutelar respecto a la infancia por una donde los NNA sean reconocidos como sujetos de derecho. No obstante, tal como lo consigna un capítulo de este *Informe* (“No eran 30 pesos, eran 30 años: A 30 años de la ratificación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”), la creación de este nuevo servicio no es suficiente, siendo necesaria una reforma estructural del sistema.

86 Sename.cl: “Conoce las medidas implementadas por Sename en resguardo de los niños, niñas y adolescentes que están bajo protección del Estado”, 24 de marzo de 2020.

87 Oas.org: “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19”, 31 de marzo de 2020.

88 El Mostrador.cl: “La invisibilización de los niños, niñas y adolescentes durante la crisis del COVID-19”, 10 de abril de 2020.

89 *Ibíd.*

90 *Ibíd.*

91 Dos.gob.cl: “Congreso aprobó proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia en reemplazo del Sename”, 5 de junio de 2020.

2.2.4.4 Personas LGBTI

Según el informe Covid-19 y derechos humanos realizado por la ONU,⁹² se determinó que las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGBTI) sufren una mayor discriminación y pueden ser especialmente vulneradas en el contexto de la pandemia. Esto sucede principalmente porque esta población ha experimentado de manera regular el estigma y la discriminación en los servicios de salud, lo que genera dificultades y trabas en el acceso, la calidad y disponibilidad de su atención médica. Asimismo, puesto que los sistemas de salud están colapsados, el tratamiento de personas LGBTI puede interrumpirse o desestabilizarse (VIH, tratamiento hormonal y de afirmación de género para personas trans). Por otro lado, se constata que, debido a las restricciones de quedarse en casa, muchos jóvenes LGBTI se encuentran confinados en ambientes hostiles, lo que puede aumentar su exposición a la violencia, como también su ansiedad y depresión. Por último, las personas LGBTI tienen más probabilidad de estar desempleadas y vivir en la pobreza que la población general, y esa exclusión social los lleva a formar parte del trabajo informal y participar del trabajo sexual.⁹³

Todos estos factores aumentan su exposición al contagio y la posibilidad de que vean vulnerados sus derechos. No obstante, el gobierno de Chile no ha implementado ninguna política pública dirigida específicamente a la comunidad LGBTI hasta la fecha, y es escaso el debate que se ha dado en el ámbito público al respecto. Entre la poca información existente sobre las necesidades de salud específica de las personas LGBTI, destaca una encuesta aplicada por el Movilh a 690 personas LGBTIQ+ de todas las regiones del país, entre el 15 de junio y el 12 de julio del presente año. Este estudio arrojó, entre sus datos, que el 51,4% de las personas encuestadas piensa que el Covid-19 tiene entre sus efectos un aumento de la discriminación a las personas LGBTI. En ese mismo sentido, se registra un aumento de conflictos familiares o con vecinos/as a raíz de la orientación o identidad de género, alcanzando un 47%, en comparación con la encuesta realizada en abril por la misma organización, que registró un 38%.⁹⁴ Por esto se hace necesario el desarrollo de planes de respuesta íntegros y eficaces a estas problemáticas.

92 United Nations Human Rights, *Covid-19 and the human rights of LGBTI people*, 17 de abril de 2020.

93 Movilh.cl: "Covid-19: Sistema internacional de DDHH exige medidas contra la homofobia/transfobia, pero en Chile las personas LGBTI sufren olvido estatal y sociopolítico", 6 de mayo de 2020.

94 Movilh.cl: "Personas LGBTI en Chile: el 47% reporta incremento de la discriminación en sus casas o barrios tras la aparición del Covid-19", 29 de julio de 2020.

2.2.4.5 Migrantes

La ACNUDH, la OMS, la OIM y la CIDH han declarado que es deber del Estado garantizar el derecho al más alto nivel de salud física y mental posible, tanto a personas extranjeras como nacionales. Los Estados deben desarrollar políticas especiales que consideren las condiciones de la migración, aparejada usualmente al hacinamiento, precariedad de servicios, inestabilidad e informalidad laboral, falta de acceso al sistema de salud, a la justicia y a determinados Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales –DESCA– (en especial al agua, a la alimentación y a la vivienda). La CIDH y la ONU recomiendan a los Estados implementar medidas para prevenir y combatir la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia, junto al desincentivo de prácticas persecutorias contra inmigrantes indocumentados, afectados particularmente por la imposibilidad de acudir a atención médica por riesgo de ser detenidos o deportados. La ACNUDH la OMS y la OIM señalan la necesidad de un servicio de salud que contemple las necesidades de los migrantes para el adecuado acceso a información sanitaria y de servicios (intérprete, material traducido, y mediación cultural).

En Chile la inequidad estructural que se presenta en el acceso a los servicios de salud, al agua, a los alimentos, al trabajo (principalmente de servicios y comercio, y con amplio espectro de informalidad), además de la segregación urbana y el hacinamiento, hacen casi imposible que se respeten las medidas de prevención. Una encuesta sobre Covid-19 a poblaciones migrantes, realizada por la facultad de Medicina de la Universidad del Desarrollo y el Colmed, entre otros organismos, presenta resultados alarmantes en ciertas materias: en el plano laboral con un 41% de desempleo; en previsión de salud, con un 63% de los migrantes en FONASA, y un 19% sin seguro. Asimismo, un 22% indicó no realizar cuarentenas al momento de la entrevista; un 61% no se siente preparado ante el Covid-19; un 66% no sabe dónde debería consultar inquietudes de la pandemia; un 25% considera no recibir información suficiente y un 30% opina que esa información no es comprensible.⁹⁵ La Encuesta CASEN de 2017 señala que el 21% de los hogares de migrantes presenta condiciones de hacinamiento (contra un 5,8% para los nacidos en Chile). El 22,3% de los hogares en condiciones de hacinamiento de migrantes está en la Región Metropolitana.⁹⁶

95 COLMED, *Encuesta sobre COVID-19 a poblaciones migrantes internacionales en Chile*, mayo de 2020.

96 MINDES, *Inmigrantes, síntesis de resultados*, CASEN 2017.

A lo anterior se suma una débil acción estatal en relación a la comunidad extranjera. Las medidas del Estado en este ámbito se reducen a las tomadas en abril por el Ministerio del Interior (como la prórroga de cédulas de identidad y la digitalización de la gran mayoría de los trámites de extranjería) y las implementadas entre el Departamento de Extranjería y el Registro Civil para facilitar la regulación migratoria. Todas estas medidas son más bien generales y apuntan a evitar la aglomeración de personas en trámites migratorios, sin mayor reparo en los problemas de fondo que sufre la comunidad extranjera durante esta pandemia, y excluyendo a los indocumentados y solicitantes de visa.

Por otra parte, centenares de extranjeros (venezolanos, peruanos, colombianos, bolivianos) han acampado en las inmediaciones de los consulados, esperando retornar a sus países. Algunos se encontraban en albergues temporales, principalmente, organizados por privados, donde se han presentado contagios e incluso un fallecido de nacionalidad venezolana. Los llamados “vuelos humanitarios” no han estado exentos de críticas por corresponder a una política centrada en devolver a las personas a sus países de origen (vale mencionar la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que prohibió el “juramento” de no retornar por nueve años que, inicialmente, se les había exigido a 200 ciudadanos colombianos). La exposición en los medios también ha contribuido a la precariedad de los migrantes, al responsabilizarlos de alguna forma por la expansión de la pandemia en las zonas donde habitan, al difundirse mensajes discriminatorios que los señalan como “peligrosos”, “responsables”, “focos de contagio”, “ilegales”. Se aprecia, tanto desde los medios de comunicación como de parte de las autoridades, una suerte de “criminalización” de la migración (por ejemplo, declaraciones del exministro Jaime Mañalich y del intendente Felipe Guevara; cobertura a cités de Estación central y Quilicura, entre otros).

CONCLUSIONES

Resulta evidente que el Estado de Chile no ha logrado incorporar todos los estándares de derechos humanos en su respuesta a la pandemia de Covid-19. En este sentido, una respuesta eficaz del gobierno es clave para no aumentar las diferencias estructurales ya existentes entre la población general y los grupos históricamente discriminados.

Resulta preocupante la falta de datos desagregados para comprender de mejor manera el desarrollo de la pandemia en Chile y, además, la incapacidad del gobierno para escuchar a los expertos en lo que se refiere a los planes de desconfinamiento.

La pandemia de Covid-19 es, sin duda, un desafío sin precedentes para todos los gobiernos del mundo, ya que pone a prueba su capacidad de respuesta frente a una emergencia sanitaria de gran magnitud, así como el conocimiento respecto a su propia población y la disposición de poner a las personas por sobre la economía, las instituciones y los grupos de poder. Chile tiene una oportunidad histórica de hacer las cosas bien, con un enfoque de derechos y protegiendo a toda su población, incluyendo a los más olvidados y marginados.

RECOMENDACIONES

1. Generar un documento nacional de priorización de recursos médicos, que esté en concordancia con las recomendaciones de los especialistas y el principio de no discriminación.
2. Trabajar con especialistas en epidemiología y transparencia de datos para publicar información desagregada y promover su uso para la toma de decisiones.
3. Asegurar la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas estatales desde un enfoque interseccional, ubicando mujeres en puestos de toma de decisiones en la respuesta estatal al Covid-19.⁹⁷
4. Creación de una estrategia que garantice la disponibilidad y continuidad de los servicios de salud sexual y reproductiva,⁹⁸ y levantamiento de protocolos de atención a mujeres orientados a suministrar métodos anticonceptivos, realización de IVE, exámenes de detección de ITS, atención a mujeres gestantes y púérperas, etc.
5. Desarrollo de esfuerzos específicos para garantizar que las personas LGBTI no estén sometidas a discriminación o temor a represalias por buscar atención médica.⁹⁹
6. Considerar las vulnerabilidades de la población LGBTI, al tomar medidas que ayuden socioeconómicamente a las personas durante la pandemia. Además, crear refugios y servicios de apoyo que incluyan a esta población.¹⁰⁰
7. Garantizar la continuidad en la disponibilidad de los servicios de VIH, para las personas que viven con VIH y para quienes están en riesgo de infección por VIH. Esto debe incluir la disponibilidad de condones, la terapia de sustitución

97 Resolución Comisión Interamericana de Derechos Humanos No.1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 2020.

98 *Ibíd.*

99 United Human Rights, *Covid-19 and the human rights of LGBTI people*, 17 de abril 2020.

100 *Ibíd.*

de opioides, agujas y jeringas estériles, reducción de daños, PrEP y pruebas de VIH, contabilizando las pruebas para mujeres embarazadas.¹⁰¹

8. Avanzar en la implementación de manera completa, de las pautas de tratamientos que emitió la Organización Mundial de la Salud, para permitir la entrega de tratamiento de VIH de manera multimensual, es decir, de tres meses o más.¹⁰²
9. Aplicar las experiencias aprendidas en la epidemia de VIH a las respuestas que se otorguen por la pandemia de Covid-19.¹⁰³
10. Para hacerse cargo del desproporcionado impacto de la pandemia en los migrantes, el Estado debe integrar a dicha población en los programas que realiza para disminuir los efectos económicos y sanitarios producto del Covid-19. En esos programas debe garantizarse a los migrantes protección social, simplificar los requisitos de documentación, y considerar el idioma y la presencia de intérpretes. Esos programas debieran implementarse sin considerar la situación migratoria legal (algunos migrantes están imposibilitados de solicitar beneficios y salvoconductos); darle urgencia a las medidas de protección de trabajadores y trabajadoras informales; y corregir la política comunicacional respecto a los extranjeros durante la crisis sanitaria en nuestro país.

101 ONUSIDA, *Covid-19 y VIH*, 2020.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

TERCERA PARTE: JUSTICIA TRANSICIONAL

"¿ABRIRÁN LAS GRANDES ALAMEDAS?" JUSTICIA, MEMORIA, Y NO-REPETICIÓN EN TIEMPOS CONSTITUYENTES

**Cath Collins
y Colaboradores¹**

- 1 Capítulo preparado por Cath Collins, junto a las y los colaboradores permanentes del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP (en adelante, Observatorio u Observatorio JT), y expertas y expertos invitados y ayudantes de la escuela de derecho. El Observatorio realiza, desde 2008, un permanente análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo, Daniela Accatino, Rodrigo Bustos, Juan Pablo Mañalich, Tomas Pascual, y Pietro Sferrazza, como expertas/os temáticos; Francisco Bustos, Boris Hau, Andrea Ordóñez, Francisco Ugás, y Loreto López, como investigadores asociadas/os al Observatorio; y como ayudantes, Nadia Marchant, Ayleen Valencia y Romanet Atenas. La coordinación, redacción y edición general estuvo a cargo de Cath Collins, catedrática de justicia de transición de la Universidad de Ulster, Reino Unido, y directora del Observatorio. Agradecemos a todas las personas, organizaciones e instituciones que colaboraron con información, y a la Open Society Foundations, organización que apoya la línea de investigación que informa la sección sobre desaparición forzada de personas. Dedicamos esta edición a Roberto Garretón, destacado abogado defensor de los DDHH en Chile y el mundo, desde los inicios de la Vicería de la Solidaridad, quien fue galardonado en 2020 con el Premio Nacional de DDHH otorgado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

SÍNTESIS

En el periodo cubierto por este *Informe*, se han observado relativamente pocos cambios trascendentales en las materias más directa o tradicionalmente consideradas “propias” de la agenda de justicia transicional: actos de reconocimiento de la verdad, justicia penal formal contra perpetradores, reparaciones, y memorialización. La ausencia de ímpetu es en sí problemática, dadas las grandes carencias acumuladas y arrastradas en cada uno de aquellos ámbitos. Ante la falta de iniciativas políticas, administrativas y legislativas eficaces para avanzar en la larga lista de recomendaciones emitidas por organismos internacionales, aún sin cumplir, los tribunales se han visto obligados a seguir pronunciándose sobre un abanico cada vez más amplio de asuntos relacionados con verdad, reparación y dignidad. Entonces, se plantean como controversias jurídicas, asuntos que en propiedad debieron haber sido solucionados por los otros poderes del Estado, desde hace muchos años, sino décadas. Además, en el ámbito de lo que sí es indiscutiblemente propio y privativo de los tribunales, sigue habiendo señales en oposición a la reparación por la vía de demandas civiles. En lo penal, se nota un uso escaso o nulo de agravantes, contrastado con un entusiasmo infatigable, de parte de algunos sentenciadores, por atenuantes y beneficios. Se percibe, además, una forma nueva y acentuada de la “impunidad biológica”, ocasionada por el fallecimiento de todas las personas procesadas en determinada causa criminal, antes de que esa causa llegara a término. Si bien se divisan algunos avances en la producción y difusión de datos relevantes, desde el Poder Judicial y la Subsecretaría respectiva, aún no contamos con un recuento actualizado, constante, y público del saldo dejado por la dictadura: ni de víctimas, ni tampoco de perpetradores, aunque estos últimos se encuentren condenados y presos.

El tema de las responsabilidades colectivas, institucionales, corporativas y/o empresariales, que empezó a asomarse en años recientes, no ha seguido consolidándose, salvo en la medida en que forma parte

del trasfondo de la agenda “paralela” de las movilizaciones sociales. En lo que a esto respecta, las conexiones entre los grandes descontentos actuales y los múltiples legados e impunidades del período dictatorial son cada vez más innegables. Asimismo, se ha vivido en las calles y comisarías el alto precio de la eterna postergación de reformas contundentes –constitucionales e institucionales, incluyendo a la policía– que fueron en su momento señaladas y exhortadas por las Comisiones de la Verdad, así como por múltiples otras voces e instancias, abogando para que las lecciones del pasado reciente fuesen mejor aprovechadas. A su vez, ataques físicos y verbales a sitios y símbolos de memoria, y la insistencia de algunos actores privados (por ejemplo, medios de prensa) y públicos (por ejemplo, distintas ramas de las FFAA) en sostener actitudes recalcitrantes ante peticiones de retracción y reparación simbólica, dejan más claro que nunca que el ámbito de las garantías de no repetición es, además, netamente actitudinal, cultural e interpersonal.

PREFACIO

El año 2020 seguramente será recordado como uno de los más accidentados y sombríos de la historia humana reciente. Casualmente, marca, además, la décima vez que este capítulo sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, que siempre abre el *Informe*, ha sido preparado por el Observatorio de Justicia Transicional. A nadie le han sido indiferentes las sombras que este año de pandemia ha traído, y por eso en esta oportunidad agradecemos aún más a todas y todos nuestros colaboradores, su generosidad y sacrificio en seguir aportando a nuestro trabajo en tiempos tan difíciles. Si bien en el momento que estamos viviendo a nivel mundial, todo pareciera estar “en transición” hacia un destino incierto, creemos firmemente en la importancia de no permitir que los horizontes de la justicia se nos desdibujen ni estrechen. De hecho, a lo largo de esta década de análisis, publicación y acción, hemos visto como, mundialmente, el campo teórico y práctico de la justicia transicional ha ido ampliando su ámbito y su ambición, abriéndose a vertientes y visiones más transformativas y preocupándose de agendas de justicia estructural, económica, étnica y de género, como componentes necesarios de un contundente “nunca más”. Si bien no podemos decir aún que en Chile esta conciencia haya calado tan hondo como en otras partes del sur global, es notable como, al menos en los circuitos académicos, el vocabulario y las preocupaciones de la justicia transicional, entre ellos el de la memoria en todas sus acepciones y manifestaciones, acaparan hoy más atención que hace una década atrás. Debemos, sin embargo, reconocer que no ha sido sino la irrupción social de octubre de 2019, la que ha trazado con mayor claridad las estrechas conexiones y continuidades entre las injusticias de ayer y las de hoy. La experiencia ha retrotraído, a algunos, a la alegría de “sentirse pueblo”; a otros, a la consternación ante la repentina desarticulación de la cotidianeidad; y a todas y todos, al reconocimiento sombrío de lecciones nunca aprendidas en el uso desmedido de la violencia institucional.

INTRODUCCIÓN

No existe mayor señal y síntoma de fragilidad, si no derechamente el fracaso de las garantías de no repetición en Chile, que lo ocurrido durante las protestas sociales desatadas a partir de mediados de octubre de 2019. El uso por parte del Presidente de la República del vocablo “guerra”, el decreto de un Estado de Excepción Constitucional de Emergencia, y la posterior invocación de la Ley de Seguridad Interior del Estado, dieron lugar a escenas no vistas desde tiempos de la dictadura. Tropas y tanques circularon por las calles; se registraron detenciones masivas por supuestas infracciones al toque de queda; y se vieron múltiples escenas de violencia extrema, ejercida por agentes del Estado contra personas manifiestamente ajenas a la violencia cometida por algunos civiles bajo el alero de las protestas. El saldo incluye múltiples reportes y denuncias de vejámenes sexuales, desnudamientos, y otros tratos constitutivos de tortura, de parte de funcionarios policiales. Al cierre de edición, en el primer aniversario de las protestas, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, registraba más de 3.000 víctimas de violaciones a los derechos humanos, incluyendo a 163 personas con heridas oculares, varias de ellas cegadas parcial o completamente por proyectiles lanzados por Carabineros, y la consiguiente interposición, por parte del INDH, de más de 2.500 acciones judiciales.² Cada acción representa la denuncia de una violación a los DDHH cometida por agentes del Estado, incluyendo homicidio, homicidio frustrado, violencia sexual y tortura.

Funcionarias y funcionarios del INDH también reportaron hostigamiento, denegación de acceso a recintos policiales y hospitalarios, y

2 Reporte de Estadísticas INDH, publicadas en www.indh.cl, consultadas el 19 de octubre de 2020, y disponibles desde la misma fuente en el “Balance INDH: a un año de la crisis social”. Se reporta una fecha de actualización al 5 de octubre del 2020, si bien el documento explicita que las cifras se basan en hechos ocurridos entre el 18 de octubre de 2019 y el 18 de marzo de 2020. Ver también INDH, “Informe Anual: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social, 17 octubre a 30 de noviembre de 2019”, INDH, 2019.

heridas sufridas mientras cumplían tareas de observación en la calle. Una delegación de la Comisión Interamericana de DDHH, CIDH, denunció, entre otras prácticas, el uso desmedido de la fuerza, la rutinización del esparcimiento de lacrimógenas, chorros de agua y gas pimienta en espacios públicos; y el claro desacato de protocolos que supuestamente limitan el uso de la fuerza en situaciones de riesgo vital, o de peligro para de la integridad física de las personas.³ Durante una sesión especial convocada de oficio por la CIDH en noviembre de 2019, uno de los comisionados cuestionó que “la respuesta del gobierno por las violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos es enumerar daños materiales”. La respuesta del representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública no se desmarcó de la línea criticada, insistiendo que era preciso hablar sobre “los DDHH de las personas vandalizadas”, refiriéndose no a personas heridas, mutiladas, cegadas y golpeadas por las fuerzas de seguridad y orden, sino a comerciantes y negociantes que perdieron bienes materiales por acciones de terceros.⁴ El comentario dejó de manifiesto, además, una defectuosa comprensión del concepto mismo de los DDHH en cuanto responsabilidad privativa del Estado.

Fueron, y son, tiempos tan reveladores como tristes para el país. Quedaron en evidencia, una vez más, las tensiones sociales producidas por la desigualdad y por la postergación de derechos económicos, sociales y culturales.⁵ Dicha situación, ya dramática, se ha visto acentuada posteriormente, por lo vivido durante lo que va de la pandemia del Covid-19. Desde una perspectiva de justicia transicional, son múltiples los motivos de preocupación. Si bien sería utópico que el horizonte de las garantías de no repetición –el cuarto pilar o dimensión de la justicia transicional– exigiera que un país saliendo de un período de violencia política jamás incurra, a futuro, en infracción alguna de sus deberes en la promoción y garantía de los DDHH, sí es razonable esperar que una particular y explícita preocupación sea adoptada en esas naciones como orientación infaltable en los círculos institucionales y el actuar del Estado. Con esta vara de medición, no podemos sino concluir que tanto la respuesta policial ante la movilización ciudadana como la desidia estatal frente a la violencia institucional usada para reprimirla, sugieren que los legados del autoritarismo y la impunidad están aún muy vigentes y arraigados dentro de la cultura de mando y las prácticas diarias de nuestras fuerzas públicas. La falta de respaldo, aceptación, acogida y protección por parte de

3 Ver, *inter alia*, el comunicado de prensa N° 270/19 de la CIDH, del 23 de octubre de 2019, “CIDH condena excesivo uso de la fuerza y rechaza toda forma de violencia en el marco de las protestas sociales en Chile”.

4 Ver Observatorio Justicia Transicional, Boletín 55, septiembre y octubre de 2019.

5 Ver *Informe 2019*, sección 1.1.2.

las autoridades y fuerzas públicas a la labor necesaria y oficialmente mandatada del INDH, en pleno auge de las protestas, fue una primera señal de ello. Otra más se deja entrever en los dichos de la máxima autoridad de la policía uniformada.⁶

La composición –o no– de una nueva Carta Magna, con los contenidos que tenga (ver abajo), no reparará el grave daño al “contrato social” creado por estas acciones, ni por sí solo permitirá que se imponga, dentro de las filas policiales, la conciencia real de que sus deberes profesionales y humanos no van en direcciones contrarias o tensionadas. Aquello requerirá esfuerzos mayores y enfocados, quizás, en la forma de una reestructuración y re imaginación a gran escala, tal como muchas sociedades post transicionales emprendieron a poco andar, pero que en Chile ha sido eternamente postergada. En tanto, es de esperar que la porción de la respuesta que le corresponde al sistema de justicia, en la forma de acciones de investigación, aclaración, y en su caso sanción a las violaciones cometidas, sea más prolija, más pronta, y más eficaz de lo que ha sido con relación al universo de graves violaciones cometidas entre 1973 y 1990. Como sea, la tarea de toda sociedad y Estado de velar por los derechos humanos no consiste solamente en lamentar, sancionar y castigar *ex post*, sino en promover su garantía y prevenir su vulneración. En eso, está claro que hemos fallado.

1. TEMAS PAÍS

1.1 Temas prominentes

1.1.1 *El Plebiscito Constitucional como un “momento transicional”*

Al cierre de este *Informe* se avizoraba ya cercano el más significativo acontecimiento político del año: el Plebiscito del 25 de octubre de 2020, en el que las y los ciudadanas/os se pronunciarán acerca de la necesidad de iniciar un proceso constituyente para dotarse de una nueva Constitución, y acerca de la configuración del órgano que llevará a cabo ese proceso. Por primera vez desde la recuperación de la democracia, nos hallamos ante la posibilidad de sustituir la Constitución legada por la dictadura por una elaborada democráticamente y de liberar al proceso político de las ataduras que esa Carta Fundamental,

6 *Inter alia*, El Dinamo.cl: “A nadie voy a dar de baja por procedimiento policial”: Carabineros explica audio de general Rozas”, 13 de noviembre de 2019; Mega.cl: “Rozas niega violación de DDHH: Se cometen errores ‘pero en un rango bastante aceptable’”, 5 de noviembre de 2019. Ver también en este *Informe*, Eduardo Alcaíno, “Violencia policial desde el *estallido social*”, en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

a pesar de sus sucesivas reformas, conservaba. ¿Tiene o puede tener este proceso constituyente, abierto a partir de la revuelta de octubre de 2019, algún impacto en el ámbito de la justicia de transición? ¿Puede ese proceso tener alguna repercusión con respecto a la forma en que, como comunidad política, abordamos ese otro legado dictatorial, el de la violencia y la represión política, con su estela de más de tres mil personas ejecutadas o desaparecidas forzosamente, decenas de miles de personas sometidas a prisión política y tortura, más las incontables otras que fueron reprimidas en protestas, relegadas o exiliadas, que sufrieron allanamientos masivos de sus hogares o fueron desplazadas forzosamente, que fueron exoneradas o despedidas de sus trabajos por razones políticas, que sufrieron amedrentamientos y amenazas?

Dado que la Constitución de 1980 es la culminación institucional del proyecto refundacional que la dictadura impuso por la fuerza –a sangre y fuego–, la deliberación sobre la necesidad de abrogarla y redefinirnos como comunidad política, tiene la potencialidad de ser un espacio de reflexión precisamente sobre el significado político, refundacional, de esa violencia (se toman aquí para explorar esa idea, algunas tesis desarrolladas en Accatino, 2020).⁷ Esto es importante porque si miramos el conjunto de políticas y medidas de verdad, justicia y memoria que han sido adoptadas a partir de 1990, podemos notar que ha primado una perspectiva que representa al terror impuesto por la dictadura cívico-militar predominantemente como un problema de padecimientos individuales, dejando rezagada en esa representación su dimensión colectiva, especialmente desde la perspectiva de las víctimas. Aunque los informes de las dos Comisiones de Verdad avanzaron en el reconocimiento de la existencia de una política sistemática de aniquilación y tortura y contribuyeron a resistir el relato de pretendidos “excesos” o “abusos” de agentes individuales, paralelamente asentaron una imagen individualizada de las víctimas, dado que uno de sus mandatos era la definición de un listado oficial de ellas con fines reparatorios. Y esa misma representación de la violencia política ha resultado reforzada por la forma que ha asumido en Chile la tardía persecución penal, bajo un modelo procesal inquisitivo. Por una parte, la continuidad y constancia en impulsar el inicio y el avance de las investigaciones ha correspondido fundamentalmente a abogadas y abogados de las víctimas o sus familiares, y de las agrupaciones que las reúnen. Por otra parte, su tramitación escrita, sin audiencias orales y públicas, ha dificultado una deliberación política más amplia en torno a dichas investigaciones.

Ha faltado entonces, en el procesamiento de esa violencia, la

7 Daniela Accatino, “Justicia de transición y nueva Constitución”, en Fernando Muñoz y Viviana Ponce de León (coordinadores), *Conceptos para una nueva Constitución*, DER, Santiago, 2020.

conciencia de que, junto con el daño infligido a los individuos concretamente afectados, hay también un sentido en el que toda la comunidad política fue su destinataria, en la medida que ese terror estaba encaminado a aplastar al *pueblo* (una idea que se elabora también en Mañalich, 2016),⁸ a instaurar un proyecto dirigido a inhibir radicalmente su agencia política. Iluminar este significado colectivo y político de la represión dictatorial se vuelve posible si se observa que hay relación interna entre la violencia política de la dictadura y la Constitución de 1980. El punto va más allá de advertir el origen autoritario de una Constitución redactada entre cuatro paredes e impuesta por una dictadura con el manto pretendidamente legitimador de un plebiscito fraudulento. Y también trasciende a la identificación de la sola simultaneidad temporal entre la redacción y aprobación de la Constitución y la represión dictatorial. Lo que se trata de hacer notar al hablar de una conexión interna entre esa violencia y el contenido del texto constitucional es que una y otro son expresión de un mismo proyecto de neutralización de la agencia política del pueblo, es decir, del proyecto de impedir que el pueblo pueda actuar como sujeto político, mediante la eliminación y el miedo, por una parte, y a través de mecanismos institucionales autoritarios, por otra.

Estos mecanismos institucionales han sido muy efectivamente descritos como “trampas” o “cerrojos” “que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas, salvo cuando se tratara de reformas o modificaciones que fueran aprobadas por los herederos de la dictadura”.⁹ De este modo se destaca cómo los senadores designados, el sistema electoral binominal que sobre representaba en el Parlamento a la minoría, las leyes orgánicas constitucionales que requieren quórum superiores a la mayoría absoluta para su aprobación –y que bloquean de ese modo la reforma de las normas aprobadas por la Junta de Gobierno durante la dictadura que regulan esa clase de materias– y un Tribunal Constitucional con una amplísima competencia de revisión preventiva, eran, y son todavía en el caso de los dos últimos, dispositivos dirigidos a salvaguardar el proyecto político de la dictadura de la decisión democrática del pueblo. Algo que fue, por lo demás, explícitamente asumido por los ideólogos del proyecto constitucional dictatorial, que se referían sin tapujos al modelo de una “democracia protegida”, donde aquello de lo que se la pretendía proteger era, precisamente, de la voluntad política del pueblo.

Esos mecanismos institucionales han proyectado hasta el presente,

8 Juan Pablo Mañalich, “Terror, memoria y archivos”, en Claudia Iriarte (ed.), *Anuario de Derecho Humanos* (12), Santiago, Universidad de Chile, 2016, pp. 173-189.

9 Fernando Atria, *La Constitución Tramposa*. Santiago, LOM Ediciones, 2013.

de una manera incruenta pero no menos efectiva, la neutralización de la agencia política del pueblo que la dictadura perseguía al torturar, eliminar y desaparecer a sus adversarios, actualizando, a través de esa política de terror, el aplastamiento por las armas del pueblo realizado a través del golpe de Estado. Que esta conexión interna entre el “problema constitucional” y el “problema de las violaciones de los derechos humanos” pueda ser puesta de relieve en un momento en que la agencia política soberana del pueblo es reivindicada para darse una Constitución sin trampas ni cerrojos, constituye, entonces, una oportunidad para la resignificación política de esa violencia y del sufrimiento de las víctimas. Por otra parte, el hecho que esta recuperación de la agencia política soberana del pueblo esté teniendo lugar tras una nueva dolorosa experiencia de graves violaciones de derechos humanos –durante el enfrentamiento militar y sobre todo policial de las movilizaciones sociales– a las que se ha hecho referencia en otras secciones y capítulos del presente *Informe*, puede potenciar también esa reflexión. La reemergencia de prácticas represivas a gran escala deja abiertas diversas preguntas sobre la efectividad de las medidas de no repetición, y cómo serán abordadas institucionalmente por la justicia estas nuevas vulneraciones (ver Introducción, y sección 1.1.2, a continuación). Otro aspecto muy claro de la forma en que el propio movimiento social ha procesado este nuevo ciclo de violaciones de derechos humanos es su comprensión no solo como un problema de las víctimas individualizadas, sino como una violencia dirigida contra todo el pueblo movilizado. Esa identificación de “todas y todos” con las víctimas de la represión policial trasciende a la pura solidaridad, para representar una conciencia de la dimensión colectiva y política de esa violencia. Unida a la forma en que el recuerdo tanto de la represión dictatorial como de la resistencia a ella se hicieron presentes, a través de diversos símbolos y alusiones, en las movilizaciones, pueden constituir también una oportunidad para que esa identificación política con las víctimas actuales se proyecte hacia las víctimas de la dictadura. Aquello ayudaría a comprender cómo, mediante la recuperación de la agencia política del pueblo a través de un proceso constituyente democrático, se hace también justicia a ese padecimiento no solo individual sino también colectivo.

1.1.2 “Plus ça change” – ¿justicia por las violaciones del estallido social?

Acercándose al primer aniversario del denominado “18/10” existían, como hemos visto, miles de investigaciones penales en curso por denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes estatales en respuesta a las manifestaciones. Se trata de un desafío muy importante para el sistema de justicia, pues, independiente del número de incidentes que finalmente se comprueban, y de la calificación de

sistematicidad y/o masividad que se les otorga o se les niega, está claro que estamos frente a las más graves y masivas violaciones a los derechos humanos desde el fin de la dictadura.¹⁰ Es desolador, por tanto, ver cómo las mismas debilidades, omisiones y actitudes que aún impiden justicia por las violaciones del período dictatorial, permanecen o vuelven a florecer ante este nuevo brote de acción represiva por agentes estatales.

Ya antes del *estallido social* existían numerosas y notorias deficiencias estructurales en el sistema de justicia que afectan actualmente el desarrollo de toda investigación penal por violencia estatal, cometida ya sea antes o después de 1990. Ello sin perjuicio de las mejoras puntuales que hemos reportado en años anteriores, producto del aprendizaje en la tramitación de causas de tiempos de dictadura, generalmente gatilladas por el liderazgo y compromiso de destacados individuos dentro de órganos auxiliares de la justicia. Ciertas/os ministras/os en visita también se han preocupado de promover, por ejemplo, la adopción del Protocolo de Estambul para la investigación de casos de tortura, o un mejor manejo de las múltiples facetas del crimen de desaparición forzada.¹¹ No obstante, esfuerzos personales descomunales no pueden del todo compensar deficiencias estructurales que requieren la inyección de recursos y otras soluciones de mayor envergadura. Entre dichas deficiencias se destacan, entre otras, el déficit para realizar pericias pertinentes de parte del Servicio Médico Legal, SML (ver *Informe* 2019), pues no existe el personal suficiente capacitado para realizar este tipo de informes y, ya antes del *estallido social*, los tiempos de demora podrían llegar a seis meses o incluso más. Otra de las deficiencias tiene que ver con la falta de cobertura de la Brigada de DDHH de la Policía de

10 La calidad de generalizada y/o sistemática que podrían tener las violaciones cometidas, y por ende su cabida o no, bajo la nueva legislación interna sobre crímenes de lesa humanidad (Ley 20.357, vigente desde el 18 de julio de 2019), llegó a suscitar discusión pública durante las primeras semanas de las movilizaciones, tras una ambigua declaración de Sergio Micco, Director del INDH, y la interposición de varias querrelas dirigidas contra Sebastián Piñera y otras autoridades, invocando la mencionada norma. En el ámbito jurídico se discutió en particular si bastaría que se acredite un carácter generalizado de los ataques contra la población —en este caso, las y los manifestantes— más una política observable en la acción de las Fuerzas de Seguridad y de Orden, acompañada de la mera tolerancia o aquiescencia del gobierno (tesis sostenida en su momento por Juan Pablo Mañalich); o si sería necesario que se estableciera judicialmente la existencia de al menos una falta deliberada de acción del gobierno (tesis sostenida por Antonio Bascuñán). Ver Juan Pablo Mañalich, “Crímenes de lesa humanidad y responsabilidad del superior bajo la ley chilena y el Estatuto de Roma”, CIPER Académico, 5 de diciembre de 2019; Antonio Bascuñán, “Crímenes de lesa humanidad”, CIPER Académico, 2 de diciembre de 2019. Ver, además, Informe del jurista y juez internacional, Kai Ambos, “Informe jurídico sobre la cuestión de la existencia del elemento de contexto de Crímenes contra la Humanidad con respecto a los eventos en Chile entre el 17 y el 28 de octubre de 2019 (...)”, 18 de noviembre de 2019.

11 Ver *Informes* anteriores, y Cath Collins, “Respuestas Estatales a la desaparición forzada en Chile: aspectos forenses, policiales y jurídicos”, Working Paper, Observatorio de Justicia Transicional, Universidad Diego Portales, 2016.

Investigaciones, PDI, que debe su existencia a la investigación de crímenes de la dictadura, si bien había visto, desde hace tiempo, ampliado su ámbito de acción a episodios más contemporáneos. Sin embargo, la Brigada solamente tiene personal en la Región Metropolitana y no en el resto de las regiones. Además, el uso del sistema penal antiguo para la tramitación de causas de la época dictatorial limita las oportunidades para transmisión de aprendizaje y experticia desde el universo de causas 1973-1990, hacia otros más recientes.

Así las cosas, buena parte de las y los operadores del sistema de justicia aún carecen de las competencias especializadas necesarias para un momento como el que se está viviendo (ver capítulo sobre institucionalidad y justicia, del presente *Informe*.) El desconocimiento que parece prevalecer, sobre temas tan básicos como la correcta interpretación y aplicación de las figuras penales aplicables a “malos tratos”, y/o las diferencias y contornos entre los delitos de tortura, apremios ilegítimos y vejaciones injustas, nuevamente sugieren deficiencias en la transmisión de aprendizaje institucional, y la cultura de sensibilización transversal en DDHH dentro del Estado, que deberían ser prioritarias en toda sociedad post dictatorial. Si bien es cierto que la correcta investigación y resolución de crímenes de represión que comprenden violaciones a los DDHH no es fácil, Chile ha tenido amplia experiencia con ese escollo y el lento avance en la persecución de causas actualmente categorizadas por parte del Ministerio Público, MP, como torturas, malos tratos, genocidio y lesa humanidad, no deja de ser preocupante.¹² Los deberes estatales para prevenir —y como ya no se previno, para investigar, esclarecer y sancionar— estos crímenes son claros y al dejar pasar el tiempo se incrementan las probabilidades de caer en graves incumplimientos. Lamentablemente, el gobierno no ha optado por aumentar las capacidades investigativas del sistema, ni parece haber implementado políticas en base a las lecciones aprendidas en el campo de la justicia transicional que apunten, entre otras medidas, a otorgarle un trato dignificante y reparatorio a víctimas sobrevivientes. A modo de ejemplo, hoy, debido a la pandemia, se encuentra suspendida la realización de exámenes a sobrevivientes, bajo el ya mencionado Protocolo de Estambul, orientado a investigar alegatos de tortura, de tal manera que se proteja la integridad física y psíquica de quien la denuncia.

Se requiere avanzar más y mejor si queremos que deje de parecer letra muerta la promesa de la no repetición, que es parte integral de los deberes del Estado en materia de justicia transicional, y se deriva también de las recientes interacciones de alto nivel entre Chile y el Sistema universal de protección y promoción de los DDHH al que está

12 Para estadísticas relevantes actualizadas, consultar www.fiscaliadechile.cl

adscrito.¹³ Sin duda, deben adoptarse medidas con urgencia tanto en prevención –reformas profundas a las filas policiales y sus protocolos de actuación– como en investigación y sanción. La gran cantidad de denuncias actuales de homicidios, torturas, violencia sexual y lesiones oculares no pueden terminar atascadas en la misma arena movediza de impunidad y desidia, de la cual tardíamente vienen librándose sus antecesores del periodo dictatorial.

1.2 Desaparición forzada

1.2.1 Derecho a la verdad y personas detenidas-desaparecidas en Chile

En su acepción general, el derecho a la verdad en contextos de violaciones a los DDHH ha sido desarrollado tanto por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH, como por los procedimientos especiales del sistema universal de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, a pesar de no tener una consagración expresa en los principales instrumentos desde donde se ancla, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso del SIDH esto es muy revelador, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de este derecho, a partir de una interpretación dinámica o evolutiva de una serie de disposiciones contenidas en el Pacto de San José, y cuyo germen viene dado por la primera sentencia de fondo pronunciada por la Corte en un caso contencioso vinculado a una desaparición forzada.¹⁴

La particular expresión que adquiere el derecho a la verdad en torno al crimen de la desaparición forzada surge, según la Corte IDH, de la necesidad que tienen las y los seres queridos de la víctima de conocer las circunstancias que rodearon los hechos de la desaparición de una persona.¹⁵ Esto supone, por cierto, determinar los medios empleados, la individualización de las y los involucrados, y el paradero de la persona desaparecida forzosamente. El desarrollo normativo de este derecho ha permitido sostener que pesan sobre los Estados donde ocurrieron estas atrocidades las siguientes obligaciones: proveer un recurso efectivo; garantizar la protección, las garantías judiciales, y la vida familiar; proporcionar una investigación efectiva; permitir a las personas afectadas ser oídas por un tribunal competente, independiente e imparcial; obtener una reparación; estar libres de tortura y otros malos tratos;

13 *Inter alia*, el Examen Periódico Universal, rendido en enero de 2019 ante el Comité de DDHH de la ONU, y el Informe Temático en materia de tortura presentado en agosto de 2018 ante el Comité contra la Tortura, CAT (ver *Informe 2019*, sección 1.1.1).

14 Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988.

15 Corte IDH, *caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, párr. 273.

y buscar y recibir información.¹⁶ Se trata, por último, de un derecho que posee una dimensión colectiva, pues sirve a la sociedad para dar a conocer la verdad, procediendo como una medida de reparación.¹⁷

En Chile, la respuesta estatal actual ante la situación de cerca de 1.200 personas detenidas-desaparecidas durante la dictadura está lejos de satisfacer todos los criterios asentados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, respecto al derecho a la verdad. Aun cuando los Tribunales de Justicia investigan de manera preferente las causas sobre ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, la búsqueda del paradero de las personas desaparecidas y la dimensión colectiva del derecho quedan entregadas a la labor que puedan realizar las propias investigaciones judiciales. A ello hay que agregar los permanentes intentos de evitar o truncar el cumplimiento efectivo de las condenas impuestas a perpetradores, a través de la concesión de mecanismos de cumplimiento alternativo y/o el otorgamiento de indultos. Ni hablar de la escasa, por no decir nula, colaboración con la justicia o la búsqueda, ofrecida por los perpetradores, lo que también atenta contra el derecho a la búsqueda de la información y el esclarecimiento de los hechos. En la medida que el diseño institucional para la satisfacción del derecho a la verdad siga descansando en el proceso penal, será muy difícil satisfacer las obligaciones que recaen sobre el Estado en esta materia. Los tribunales y el proceso penal operan bajo una lógica que difícilmente permite dar los pasos necesarios en este sentido. Solo a modo de ejemplo, si bien el proceso penal contempla algunos incentivos menores para la colaboración de un imputado en el esclarecimiento del delito por el cual se le procesa, el sujeto procesado o acusado está también amparado en un derecho fundamental para no entregar información. Tampoco se ha logrado –ni por persuasión, ni por obligación– la colaboración de las instituciones y agencias directamente responsables.¹⁸

16 Informe de la Oficina del ACNUDH, Estudio sobre el derecho a la verdad, 2009, párr. 42.

17 Corte IDH, *caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, párr. 274. Para un estudio en detalle sobre el desarrollo de este derecho en el derecho internacional, ver: Antonia Urrejola y Tomás Pascual, “La incorporación del derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como derecho autónomo a partir de la desaparición forzada de personas”, en Juana María Ibáñez Rivas y otros (Coords.), *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de derechos Humanos: balance, impacto y desafíos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2020.

18 Ver *Informes* anteriores, y publicaciones del Observatorio en su página web, op.cit. sobre la incapacidad de la Mesa de Diálogo, o cualquier medida propuesta o tomada en las dos décadas subsiguientes, para romper el hermetismo de las Fuerzas Armadas y del Orden sobre las acciones de remoción, ocultamiento, montaje, y destrucción de información implementadas para obstaculizar el descubrimiento de la verdad. Para la constatación de que dicha obstaculización ha continuado en el período de la postdictadura ver sección 2.2, abajo, detallando el procesamiento de ex altos oficiales del Ejército por la quema deliberada de archivos con datos relevantes, ocurrida incluso durante la misma época de la mencionada Mesa.

No existe en Chile, como sí en otros países de la región, un programa estatal dedicado específica y exclusivamente a la búsqueda, recuperación y restitución de personas detenidas-desaparecidas. Entiéndase por “programa” una estructura capaz de incorporar o interpelar a las instituciones estatales que tienen o deben producir información relevante, dotada con los recursos necesarios para realizar todo lo que esto requiere. A pesar de los interesantes y loables esfuerzos realizados en tiempos recientes por el Servicio Médico Legal (SML), y luego desde el Poder Judicial para configurar y sostener canales de coordinación entre las agencias auxiliares de la justicia en la materia, queda en evidencia que el sistema de justicia no puede ni debe por sí solo, asumir y resolver el problema con la sistematicidad, interdisciplinariedad y dominio sobre los archivos castrenses, que se requiere. Por preocupaciones, –a veces más, a veces menos– atendibles, tampoco se ha podido o se ha querido admitir plenamente en seno judicial el nivel, la profundidad, y el tipo de participación que la normativa internacional contempla, para familiares y otras personas directamente afectadas. En consecuencia, el hallazgo de las más de mil personas detenidas-desaparecidas que aún falta por encontrar sigue siendo en buena medida obra del desgaste de las y los familiares, una coincidencia del destino, o fruto del cargo de conciencia de algún individuo involucrado.

Tenemos entendido que el último trimestre de 2020 podría producir novedades en el ámbito no-judicial, al menos en la confección de una nómina acumulada, “pulida”, dinámica y pública, del listado definitivo de las personas que el Estado de Chile hoy reconoce como víctimas del crimen de desaparición forzada en tiempos de dictadura.¹⁹ Semejante registro, pendiente desde hace mucho tiempo, podría y debería ser potenciado para incentivar un cambio cultural, en que la búsqueda y ojalá la recuperación, de las y los conciudadanos desaparecidos y desaparecidos –en tiempos de dictadura o post dictadura– sea asumida como una tarea colectiva y un problema de todas y todos, como lo ha sido en la Argentina y en otros países de la región. Solo así, reconociendo y explicitando la pérdida y peligro que para todas y todos significa que se haya tolerado la aniquilación y negación por parte de las estructuras de poder, de la existencia física y legal de cualquier ser humano, podremos hablar con propiedad de los inicios de una cultura personal, social e institucional que propicien garantías de no repetición.

19 Nomina que, para ser completa, debería contener tanto los nombres de quienes siempre fueron consignados como ‘DD’ por los Informes Rettig/ CNRR (1991/1996), o ‘Valech II’ (2011), por cuanto las personas antes consignadas a la categoría *sui generis* de ‘detenidos desaparecidos sin entrega de restos’, más personas respecto de quienes fallos definitivos de la justicia chilena, y/o peritajes exhaustivos realizados por el SML, han determinado que las circunstancias de su desaparición se ajustan al mismo patrón y definición utilizados por los mencionados Informes.

1.2.2 Novedades²⁰ en la búsqueda, identificación, recuperación y restitución de personas detenidas-desaparecidas

Durante el período estadístico del presente *Informe* (julio de 2019 a junio de 2020, inclusive), restos pertenecientes, al menos, a cuatro personas detenidas-desaparecidas fueron restituidos a sus familias, permitiendo realizar los ritos fúnebres y las conmemoraciones pertinentes. A mediados de julio de 2019, se notificó la identificación de parte de los restos de Abelardo de Jesús Quinteros Miranda, conocido como el “Jecho”, militante de las Juventudes Comunistas en la población La Legua. Abelardo fue detenido y posteriormente desaparecido, junto a dos jóvenes más, por agentes de la PDI el 6 de octubre de 1973. Su hermano Eduardo fue asesinado durante el mismo incidente, y es reconocido como una víctima de ejecución política. Abelardo y Eduardo, junto a Celedonio Sepúlveda y Raúl San Martín, habían asumido la tarea de acompañar a Samuel Riquelme, subdirector de Investigaciones durante la Unidad Popular, a asilarse en la Embajada de Argentina, cuando el grupo fue interceptado. El 20 de julio de 2019 se realizó el velorio de Abelardo en la Junta de Vecinos N°20 de La Legua. Celedonio, por su parte, pudo recibir una sepultura digna hacia fines de noviembre, con una ceremonia en el Memorial del Cementerio General de Santiago.

En tanto, en agosto de 2019 se realizó el funeral de Arturo Villegas Villagrán, dirigente sindical y militante del Partido Socialista, detenido desaparecido en la ciudad de Penco, Bío Bío, por Carabineros a una semana del Golpe. Hace unos meses, sus restos fueron encontrados, inesperadamente, en la tumba de Mario Ávila, otro dirigente, asesinado en Penco. Nelson Villegas, sobrino de Arturo, señaló que “así se podrá cerrar definitivamente un ciclo y seguir nuestras vidas, porque este ciclo estaba abierto y estuvimos sufriendo por muchos años”. A principios de septiembre, a la abogada y diputada Carmen Hertz le fueron entregadas nuevas osamentas de su esposo Carlos Berger, asesinado por la Caravana de la Muerte en 1973 y posteriormente desaparecido.

En diciembre de 2019 fueron identificados en Argentina, por el Equipo Argentino de Antropología Forense, EAAF, los restos de Jorge Sagauter Herrera, desaparecido en Argentina en 1977 en el marco del Plan Cóndor. El ex marino y ex aeronáutico civil chileno se había asilado en Argentina, junto a su familia, después del golpe de Estado en Chile. Sus restos, que habían sido exhumados, en algún momento entre 2004 y 2010 de una tumba NN en un cementerio en las afueras de Buenos Aires, fueron identificados en base a muestras entregadas por sus hijos. Con ello, suman nueve los casos de personas de nacionalidad chilena cuyos restos han sido hallados e identificados en Argentina por el EAAF. A dos chilenos más, hallados con vida, les han sido

20 Para datos acumulados históricos, ver más bien la sección 3.4, a continuación.

restituidas sus identidades como adultos en Argentina, habiendo sido víctimas de la práctica de apropiación de niños. De este total de 11 personas, seis son calificadas actualmente por el Estado chileno como víctimas detenidas-desaparecidas, mientras que las otras cinco son calificadas solamente en Argentina.

Las actividades de búsqueda, exhumación y otros trabajos en terreno del SML se han visto afectadas en 2020 por la pandemia. En su tercer Informe de Gestión, la Unidad de Derechos Humanos del SML informó que, entre enero y septiembre del 2020, fueron realizadas solamente 15 intervenciones en terreno, contrastando con 51 en igual periodo de 2019.²¹ Se dio cuenta, no obstante, de continuos y renovados esfuerzos en trabajos de laboratorio y la elaboración de informes de peritaje, en base a los cuales los tribunales identifican a víctimas, establecen o corroboran oficialmente su causa de muerte, etc. Entre enero y septiembre de 2020 un total de 61 informes de este tipo fueron remitidos al tribunal requirente. Junto con continuar el envío de muestras a organismos internacionales para su custodia, y a laboratorios externos para análisis, se siguieron además con pasos necesarios hacia la acreditación plena del laboratorio del SML según los estándares internacionales respectivos, encargando en septiembre de 2020 una auditoría externa que forma parte de dicho proceso. Dichas muestras incluyen las llamadas “muestras de referencia”, muestras sanguíneas, óseas y/o dentales, donadas por familiares de personas desaparecidas o ejecutadas, que permiten contrastar, para efectos de identificación, muestras recuperadas de restos hallados en circunstancias que hacen creer que podrían ser de personas víctimas de la dictadura. Se procura generar un mínimo de tres muestras referenciales por persona, para permitir una identificación. Un total de 205 de las más de 3.200 víctimas desaparecidas o ejecutadas hoy reconocidas por el Estado chileno no cuentan aún con muestras de referencia registrada: respecto de ellas, a partir de mediados de 2020 el SML inició una colaboración con la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH para intentar identificar y contactar a algún/a familiar.

2. VERDAD

Existe un conjunto de medidas, acciones, discusiones y reivindicaciones en los tribunales, los medios de comunicación, y la vida pública y cultural en general, que pueden contribuir al establecimiento y

21 Unidad de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal, Informe de Gestión N° 3, “Situación en Materia de Derechos Humanos y Políticas Públicas en el Servicio Médico Legal”, julio a septiembre de 2020.

proclamación de la verdad sobre los crímenes de la dictadura. Para que lo anterior se traduzca en cumplimiento del derecho a la verdad –aportando así a la justicia, las reparaciones, y las garantías de no repetición– es esencial que aquellas acciones que apunten, en buena fe, al establecimiento y proclamación de hechos establecidos, narrativas verificables, y versiones verosímiles, reciban el inequívoco reconocimiento y aval de las autoridades de turno. Se evita así la apariencia o la realidad de contradicciones, vacíos o dobles discursos que se escudan detrás de una malentendida neutralidad. Forma parte integral de los deberes del Estado en justicia transicional, la activa promoción del triunfo de la verdad por sobre la mentira oficial de la época, así como por encima de las incertidumbres, silencios incómodos, o brotes negacionistas de la actualidad. Con relación al factor tiempo, se debe remarcar que, si bien es loable que los tribunales hoy ofrezcan una vía utilizable por víctimas y sobrevivientes injustamente condenados, la inexorable marcha del tiempo está provocando que un número creciente de causas sufran una “impunidad biológica”, al haber fallecido la totalidad de los procesados o condenados por una causa. En estos casos, en ausencia de una arista civil por seguir, el proceso simplemente se sobresee, con la consiguiente afectación de la producción de verdades jurídicas para respaldar o aportar a la verdad histórica. En tanto, reiterados ejemplos de obstrucción, demora y resistencia de parte de estamentos estatales requeridos bajo los términos de la ley de acceso a información, sugieren más un interés por la ofuscación, que una conciencia de su corresponsabilidad ante el deber de producir y difundir activamente la verdad. También, como veremos más adelante, la posición del Consejo de Defensa del Estado, CDE, respecto de las nóminas de las Comisiones de la Verdad sugiere una actitud cuando menos vacilante ante verdades ya supuestamente establecidas por instancias administrativas.

2.1 Los tribunales como fuente de rectificación de noticias y de sentencias espurias

En septiembre de 2019, la Corte Suprema confirmó un recurso de protección que ordena a *La Tercera* rectificar su publicación, en 1973, de propaganda del régimen ocultando, a través de un montaje, el asesinato extrajudicial en la vía pública de tres personas. Un recurso similar se presentó en contra de *La Segunda* por su falta de acogida a una petición de la misma índole que fue rechazada a nivel de Corte de Apelaciones, en agosto de 2020 (ver sección 2.4, infra). En tanto, a lo largo del período, se vieron numerosas anulaciones, por la Corte Suprema, de sentencias espurias dictadas por Consejos de Guerra realizados durante la dictadura (ver también sección 3.2.3). Dichos Consejos también operaron como una especie de montaje, utilizando la tortura, la “confesión” obligada o fabricada, o simplemente la

mentira para darle una fachada de legalidad a la persecución política, encarcelamiento, extrañamiento y/o exilio de miles de opositores. Ha habido un flujo más o menos constante de solicitudes de anulación, en la forma de recursos de revisión, interpuestas ante la Corte Suprema por sobrevivientes o, en su caso, familiares, desde que la Corte IDH emitió, el 2 de septiembre de 2015, su sentencia en el caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros contra la República de Chile* (popularmente conocido como el “caso de los aviadores constitucionalistas”, o el “caso ex FACH”). La sentencia establece que Chile vulneró sus deberes suscritos bajo el Pacto de San José, tanto en la vulneración original de los derechos y la integridad física y psíquica de las personas afectadas, como en la falta de provisión de un mecanismo apropiado para la rectificación, hoy, de las injusticias cometidas. Como parte de la sentencia, se ordenó al Estado de Chile establecer un mecanismo de ese tipo, no solamente para los recurrentes del caso en particular, sino para todo aquel que se hallara en una situación similar. La Corte Suprema determinó, con posterioridad, que el recurso de protección sería el mecanismo idóneo, decisión que explica que, al menos, 15 recursos de este tipo fueron resueltos en el período, todos a favor de los recurrentes.

El razonamiento típico de la Corte Suprema en esta materia está reproducido más abajo. Desde una perspectiva del cumplimiento de los deberes estatales en justicia transicional, los resultados cumulativos de los recursos son positivos, puesto que restauran el reconocimiento de parte del Estado del buen nombre y dignidad de quienes nunca fueron delinquentes, sino víctimas de crímenes de lesa humanidad. También es positivo que el mismo poder de Estado que produjo y avaló las condenas espurias, sea quien hoy desmonte las mentiras jurídicas de antaño. Por otra parte, como hemos observado en *Informes* anteriores, los principios de la reparación sugieren que es el Estado, no las personas o sus familias, el que tiene que asumir el deber y el protagonismo en dichas materias. Tanto en ese sentido, como desde la perspectiva pragmática de maximizar el alcance del actuar de los tribunales, sería más prolijo que se buscara la manera de revertir administrativa o legislativamente estas condenas espurias como un todo, y/o que alguna de las instancias estatales de infraestructura en DDHH que hoy existe para ejecutar las responsabilidades internacionales de Chile, asuma de una vez por todas la revisión de los resultados de los Consejos de Guerra para crear una nómina o registro de los casos y las personas ante quienes el Estado sigue al debe en esta temática. Aquí nuevamente se percibe la debilidad causada por la ausencia de una respuesta ante los derechos de las y los sobrevivientes, quienes, al igual que las y los desaparecidos y ejecutados/as políticos/as, pueden hallarse afectadas/os aún por estas vergonzosas ficciones

legales creadas hace décadas atrás por la “legalidad” autoritaria, y nunca desmanteladas.

Entre los 15 recursos que registramos como acogidos por la Corte Suprema en el período entre julio de 2019 y junio de 2020 inclusive, figuran siete correspondientes a la región de Ñuble y tres relacionados con el ex campo de concentración de Pisagua. Cinco más están distribuidos entre Santiago, Concepción, Valdivia y La Serena. Para conocer la lógica aplicada en la parte resolutive de la mayor parte de las revisiones, se podría citar, a modo de ejemplo, un caso relacionado con Pisagua, donde los jueces resolvieron, por unanimidad, que:

“... [A]parece demostrada la existencia de un método, patrón o sistema general de menoscabo físico o mental y de afrenta a su dignidad, al que fueron sometidos los acusados ante los Consejos de Guerra convocados, los que fueron cometidos por parte de sus interrogadores, celadores u otros funcionarios que intervinieron en el procedimiento mientras dichos inculpados eran mantenidos detenidos, todo ello con el objeto de obtener su admisión o confesión de los hechos que se les atribuían, así como para que implicaran o imputaran al resto de los procesados en los mismos hechos”. [...]

“... la participación de los encartados se construye únicamente sobre la base de las confesiones de éstos, de las cuales debe prescindirse ... De ese modo ... no quedan elementos probatorios que permitieran al Consejo de Guerra alcanzar la convicción condenatoria en la sentencia objeto de revisión y, por consiguiente, las circunstancias que se han descubierto con posterioridad son de tal naturaleza que permiten establecer claramente la inocencia de los allí condenados. En tales condiciones, atendida la finalidad de justicia que justifica el recurso de revisión, se hará lugar a la acción y se declarará que todo lo obrado en el proceso impugnado es nulo”.²²

Además de las rectificaciones en el máximo tribunal, la Corte de Apelaciones otorgó una indemnización relacionada con la causa, que gatilló la tendencia de interponer este tipo de recursos. El 11 de mayo, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó al Estado de Chile a pagar indemnizaciones a un medio centenar de personas injustamente condenadas por un Consejo de Guerra de la Fuerza Aérea de Chile (FACH) en 1974.²³ El fallo reconoce el daño moral ocasionado no solamente por el impacto inmediato de las torturas, condenas espurias por traición, y demás victimizaciones sufridas por los aviadores constitucionalistas, sino por las largas secuelas que ellas hayan significado. El fallo remarca

22 Corte Suprema, Rol 29.937-2019, 6 de enero de 2020.

23 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 13.962-2018, 11 de mayo de 2020.

que en este caso (a diferencia de otros analizados en el presente *Informe*) el representante legal del Estado no se atrevió a discutir los hechos –ya plenamente sustanciados ante la Corte IDH y los tribunales domésticos, en lo penal– ni su calificación como graves violaciones, limitándose a solicitar una rebaja en los montos demandados. No obstante, la Corte menciona, y rebate, la pretensión del CDE a que las indemnizaciones otorgadas por la Corte IDH, en el caso *Maldonado Vargas y otros*, a algunos de quienes también participaron en la demanda doméstica aquí presentada fuesen consideradas como constitutivas de excepción de pago, remarcando que aquel monto se fijó específicamente por infracciones al debido proceso, distinto, por tanto, a los daños que motivaron la demanda y sentencia aquí analizadas.

2.2.1 Los tribunales como antídoto al secretismo en las Fuerzas Armadas

Dos hechos acontecidos durante el periodo del actual *Informe* ejemplifican el secretismo y obstruccionismo que aún persisten dentro las Fuerzas Armadas, no solamente respecto de crímenes históricos, sino con relación a delitos actuales cometidos por personas que integran sus filas. También se vuelve a visibilizar el papel del CDE, combatiendo activamente el cumplimiento, por el Estado del cual forma parte, de sus deberes en verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. En ambos, la Corte Suprema tuvo que intervenir en casos ya resueltos por el Consejo para la Transparencia, CPLT, y en ambos las decisiones del CPLT fueron refrendadas por el tribunal.

El primer hecho dice relación con un acto de vandalismo al memorial de detenidos desaparecidos de Iquique, ocurrido en 2015, cuyos responsables resultaron ser dos oficiales del Ejército en servicio activo. Aunque el CPLT ordenó al Ejército entregar información respecto de la identidad de los hechores, y las sanciones internas que supuestamente se les habían aplicado, la institución rehusó la instrucción y apeló a la Corte. En fallo dividido, la Sala Constitucional del máximo tribunal rechazó la defensa cerrada que el CDE –en representación de las FF. AA– había realizado del derecho al anonimato de los hechores. Según el fallo: “El Ejército de Chile puede oponerse a la entrega de información requerida, en la medida que comparezca defendiendo el interés institucional, el cual habrá de estar relacionado con alguno de los aspectos indicados previamente [a la seguridad de la nación o a la seguridad pública], cuestión que no se advierte”.²⁴ En el segundo hecho, la Corte Suprema confirmó, a mediados de diciembre de 2019, una orden de entrega parcial de actas del –hoy extinto– Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) solicitada por Ley de Transparencia.²⁵ El fallo unánime ratificó la potes-

24 Corte Suprema, Rol 4.242-2019, 22 de agosto de 2019.

25 Corte Suprema, Rol 19.163-2019, 16 de diciembre de 2019.

tad del CPLT para revisar los archivos del ex COSENA. La controversia fue levantada por el Estado Mayor Conjunto del Ejército, quien rechazó la solicitud hecha por un ciudadano privado y respaldada por la CPLT, de acceder a actas de la instancia. Las razones esgrimidas dejan entrever, una vez más, la cultura de secretismo y autosuficiencia que aún permea las fuerzas de seguridad y orden, comportándose y concibiéndose como un Estado dentro del Estado, cada vez que, según el texto del fallo, el Estado Mayor Conjunto había alegado que “el COSENA no es parte de la Administración del Estado, razón por la cual sería incompetente el CPLT para ejercer sobre éste potestad alguna”.

Un tercer hecho ocurrido dentro del período dice relación con otro delito cometido en tiempos post dictatoriales por personal castrense, esta vez oficiales de alto rango, en un incidente que pone seriamente en duda la sinceridad de la participación de la institución en la Mesa de Diálogo de 2000-2001. El 7 de febrero de 2020, el ministro Mario Carroza sometió a proceso a tres ex oficiales del Ejército por la sustracción o destrucción, en 2000 o 2001, de archivos microfilmados de la CNI, Central Nacional de Informaciones.²⁶ Los hechos desmienten, una vez más, la supuesta inexistencia de archivos comprometedores sobre el accionar de agencias represivas de tiempos de la dictadura, aún bajo la custodia de las FFAA. El procesamiento representa, además, una de las pocas veces en que se ha investigado y procesado directamente crímenes que atentan contra la revelación de la verdad. Dado que las FFAA han declarado en forma reiterada su disposición a colaborar plenamente, hoy, con el proceso de justicia por crímenes históricos, es llamativo y preocupante que el crimen tomó lugar en la Escuela de Inteligencia del Ejército, y que se sindican entre sus responsables a oficiales de alto rango, quienes a su vez aseguran haber actuado con el pleno conocimiento de sus superiores. Según el dictamen, la investigación ha revelado que: “[se] trasladaron aquellos archivos de la CNI a la Escuela de Inteligencia del Ejército (...) donde fueron incinerados, sin levantar las actas respectivas que ordenaba la reglamentación vigente, un procedimiento irregular que se le habría debidamente informado al entonces jefe del Estado Mayor General del Ejército de Chile, Carlos Patricio Chacón Guerrero”, uno de los tres procesados.

Resulta particularmente sorprendente –y revela cuotas de inoperancia, sino de cinismo– el hecho de que estos crímenes de ocultamiento y destrucción de posibles evidencias –que fueron denunciados por el Espacio de memorias Londres 38– sucedieron justamente en la época en que sesionaba la Mesa de Diálogo. En ella, altos mandos de las FFAA pactaron con la Iglesia católica, el gobierno de turno, algunas/os abogadas y abogados de DDHH, y el país entero, asumir un papel

26 Min. Carroza, Rol 1.775-2017, 7 de febrero de 2020.

de buena fe en la recepción y canalización de antecedentes sobre el destino final de personas detenidas desaparecidas (junto con negar que la institución poseía información relevante).

2.2.2 Los tribunales como antídoto solamente parcial al secretismo en relación con la población penal: el derecho a anonimato y las nóminas de Punta Peuco

El 26 de febrero de 2020, la Sala Constitucional de la Corte Suprema accedió al suministro público de información sobre las edades de los internos de Punta Peuco, y las causas penales por las cuales habían sido condenados, pero ordenó reserva de sus nombres.²⁷ Se trata una controversia que se remonta a 2018, cuando Erika Hennings, directora del Espacio de memorias Londres 38, solicitó una nómina de los internos del penal de Punta Peuco, que incorporara datos tales como las causas en que se hallaban condenados, sus edades, y los beneficios intra penitenciarios que les habían sido concedidos. Es esencial contar con este tipo de datos para monitorear el correcto cumplimiento de las sentencias impuestas por tribunales, representando, por tanto, una parte importante de la transparencia necesaria para crear y mantener confianza en el proceso de la justicia. Dada la accidentada historia que rodea la concesión de beneficios intra penitenciarios (salida dominical etc.) y/o de libertad vigilada y otras formas de cumplimiento alternativo, a criminales de lesa humanidad, nos parece particularmente importante la provisión de esta información, que también hemos solicitado, a intervalos regulares, de distintos estamentos del Estado. Es preciso recordar que el proceso de la justicia penal no se trata de una transacción privada, sino de la imposición de sanciones a nombre de la comunidad entera, por una conducta socialmente reprochable en los términos de la ley.

En este espíritu, el CPLT apoyó la solicitud y, en marzo de 2019, ordenó la entrega de la información que había sido parcialmente tardada en una primera entrega (incluyendo los nombres, edades, y roles de causas en que los internos se hallan condenados).²⁸ Gendarmería se opuso, basándose en, *inter alia*, el argumento de que habían consultado a los mismos internos, y ellos no querían que fuera proporcionada. La Corte de Apelaciones rechazó este argumento en septiembre de 2019. En la sentencia definitiva, de febrero de 2020, Rol 26.276-2019, las y los ministros Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz y Ángela Vivanco, y el abogado integrante Diego Munita levantaron la reserva sobre edades y roles de causa, pero acogieron parcialmente las objeciones de Gendarmería, determinando que los nombres

27 Corte Suprema Rol 26.276-2019, 26 de febrero de 2020.

28 Decisión de Amparo C4086-18, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión del 28 de marzo de 2019.

de cada recluso constituyen “datos personales” que deben entenderse como “características morales” susceptibles de reserva. No obstante, dieron paso a la inclusión de datos sobre edades y roles de causa ya que “sin la indicación del nombre del interno, [estos] quedan convertidos en datos desvinculados de las características morales de personas identificadas”. Desde una perspectiva de lego, la lógica subyacente es difícil de descifrar, dado que los roles permiten de todas maneras ubicar a las sentencias finales, que no pueden sino ser documentos públicos. Allí aparece, como es debido, el nombre completo de cada persona sentenciada. Independiente del resultado, que sin duda es desalentador desde la perspectiva del derecho a la verdad e incluso el cumplimiento pleno del derecho a la justicia, que debe ser de carácter público para ser creíble y confiable, la controversia es absolutamente extemporánea, por tratarse de datos con vigencia a julio de 2018 solamente. La resolución del principio de la publicidad activa, periódica y actualizada de datos sobre el cumplimiento de penas por crímenes de lesa humanidad sigue siendo una cuestión absolutamente pendiente. Hemos opinado en *Informes* anteriores que sería una tarea propia de la ahora Unidad Programa de DDHH, que durante unos años sí cumplía con darle la debida publicidad a datos de esta índole.

2.3 ¿Omisión, normalización, o “negacionismo”? La conmemoración del 11 de septiembre que casi no fue

El gobierno de Sebastián Piñera inicialmente había determinado no realizar ningún acto conmemorativo en 2019 por los 46 años del Golpe de Estado. El entonces ministro del interior, Andrés Chadwick, declaró que el 11 de septiembre sería un “día normal”, rompiendo con una costumbre de casi tres décadas y suscitando amplias críticas desde sectores opositores, quienes acusaron “negacionismo”. Las críticas obligaron a un cambio de planes, redundando en una declaración presidencial en el patio del Palacio de La Moneda. Piñera leyó una declaración breve, sin aceptar preguntas de la prensa. Su tono escueto dista mucho del que ocupó durante su primer mandato para afirmar en términos rotundos la necesidad de condenar las violaciones del pasado, criticando, de paso, a los “cómplices pasivos” de la dictadura. En contraste, en su mensaje de 2019, en que se refirió solamente al “régimen militar”, insistió en que la democracia “estaba enferma” antes del Golpe, y se limitó a convocar a las y los connacionales a reflexionar sobre las “causas y consecuencias del 11 de septiembre” y dejar atrás los errores del pasado. La senadora Isabel Allende, hija del expresidente Salvador Allende, opinó que la actitud del Ejecutivo “en cierta manera es una manifestación de negacionismo”, mientras que según Álvaro Elizalde, presidente del Partido Socialista “[el gobierno] no quiere (...) reconocer algo que todos sabemos: parte importante de su base de apoyo está constituida

por quienes precisamente apoyaron el Golpe de Estado, apoyaron la dictadura y fueron los que el propio Presidente Piñera denominó en su tiempo los cómplices pasivos respecto a las violaciones sistemáticas a los DD.HH.”²⁹ En tanto, en las múltiples conmemoraciones sociales de la fecha, se hizo notar la aparición pública de la colectividad “Historias Desobedientes Chile”, compuesta de hijas, hijos y otros familiares de represores, quienes han rechazado los crímenes cometidos por sus parientes e intentan colaborar con la causa de la verdad y la justicia.³⁰

2.4 Los medios y la tribuna pública de la mentira

Otro hecho relacionado con la fecha del 11 de septiembre de 2019 reflejó lo que se ha transformado en una triste costumbre de años recientes: la publicación en *El Mercurio*, el principal diario otrora colaborador con la dictadura, de un inserto pagado falsificando y tergiversando el significado del Golpe y sus secuelas. Esta vez el inserto, titulado “El 11/9/1973 Chile se salvó de ser como es hoy Venezuela”, contenía falsedades y acusaciones completamente infundadas, entre ellas, el uso del epíteto “dictador” contra el constitucionalmente electo, y criminalmente depuesto, presidente Allende. Trabajadores del mismo medio rechazaron el inserto, manifestándose en público y en redes sociales con el lema “El inserto no me representa”. Días después, la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos publicó una respuesta y refutación en el mismo diario.³¹

En el *Informe 2019* reportamos que el diario *La Tercera* había sido ordenado a rectificar una noticia falsa publicada en el año 1973, disimulando la ejecución extrajudicial de tres personas al vincularlas espuriamente con un supuesto ataque armado. Una investigación penal reciente logró establecer que se trataba de un crimen de lesa humanidad. No obstante, *La Tercera* omitió responder a una solicitud de las familias de dos de las tres víctimas (Jorge Oyarzún Escobar y Juan Escobar Camus), para que retractara su mentira histórica. Recurriendo a tribunales, las familias lograron, en abril de 2019, una orden de rectificación que fue confirmada el 24 de septiembre de 2019, por un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, presidida por el ministro Sergio Muñoz. Citando las disposiciones constitucionales contenidas en el Art. 19, inciso 12 de la Constitución Política de la República, el máximo tribunal ordenó la rectificación de lo que describió como una nota “injusta” y “ofensiva”.³²

29 Emol.cl: “PS y PPD critican ausencia de actos en La Moneda por el 11 de septiembre: ‘No es un día normal’”, 11 de septiembre de 2019.

30 www.historiasdesobedienteschile.org, donde la colectividad se caracteriza a sí misma como el “brazo chileno del colectivo argentino con el mismo nombre”.

31 Observatorio de Justicia Transicional, Boletín 55, septiembre y octubre de 2019.

32 Corte Suprema Rol 11.044-2019, 24 de septiembre de 2019.

En el transcurso de 2020, la Sala tuvo que pronunciarse nuevamente en materia similar, esta vez en relación con la portada quizá más repugnante de toda la dictadura. En ella, *La Segunda* se jactaba, en 1975, de la muerte de 59 militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR, atribuyendo lo que, en los hechos, fue una operación de represión y desaparición sistemática parte de la Operación Colombo, a pugnas internas ocurridas en ficticios campos guerrilleros en Argentina. La publicación de la portada formó parte de la investigación llevada a cabo por el ministro Mario Carroza contra el ahora difunto Agustín Edwards, dueño de *El Mercurio* y, a su vez, del *holding* que controla *La Segunda*. En octubre de 2019, Viviana Uribe, hermana de Bárbara Uribe, una de las víctimas de la operación y el montaje, solicitó al medio publicar una rectificación. Si bien se respondió en parte, publicando, en noviembre de 2019, una nota en las páginas centrales del diario, el recurso procuraba mejorar la respuesta, solicitando que fuera de la misma extensión y visibilidad que el texto difamatorio, es decir, ocupando la portada de la versión impresa del medio. Si bien una de las tres juezas de la sexta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revisó el recurso el 10 de agosto de 2020, le dio la razón a la recurrente, se estimó por mayoría que lo ya efectuado era suficiente.³³

Comentamos en el *Informe 2019* que la dimensión cultural de las garantías de la no repetición, y las demás dimensiones de la justicia transicional, requiere que actores sociales poderosos, incluso los no estatales, asuman una posición responsable que incluye un mínimo apego a la veracidad. A los medios aún les falta conciencia plena de dicha responsabilidad. Esto se ve ejemplificado con los hechos ya mencionados, así como, de manera particular, con el hecho ocurrido el 29 de noviembre de 2019, cuando Hermógenes Pérez de Arce fue invitado a participar en el programa de televisión “Bienvenidos”, de Canal 13. Siempre férreo defensor del Golpe, Pérez de Arce implacablemente repitió la mentira de que en Chile no se habían violado de forma sistemática los derechos humanos durante la dictadura. La conductora del programa, Tonka Tomicic, tomó, aparentemente en el acto, la decisión de expulsar a Pérez de Arce del panel de invitados, aduciendo que “no podemos permitir que se niegue nuestra historia”. En el *Informe 2019* comentamos y cuestionamos la, en apariencia, deliberada creación de situaciones como la descrita en los medios televisivos. La impresentable postura “posverdad” de Pérez de Arce en esta materia es de conocimiento público. Entonces, si los canales de televisión y otros medios realmente pretenden, quitarle tribuna al negacionismo, bastaría con no extenderle más invitaciones. Es difícil, por tanto, convencerse de que

33 CA Santiago, Protección Rol 183.699-2019. La decisión fue ratificada por la Corte Suprema el 9 de octubre del 2020, Corte Suprema Rol 112/391-2020.

estos episodios no sean creados de manera intencional por la búsqueda de *rating* de parte de los medios televisivos.

2.5 Producciones culturales que rescatan las historias de mujeres resistentes, sobrevivientes y protagonistas

De la plétora de producciones, acciones y artefactos culturales del periodo que sí aportaron a la memoria histórica del país, mencionamos apenas tres que pusieron en relieve, específicamente, las experiencias y la centralidad de mujeres en la resistencia a la dictadura.

El 9 de julio de 2019, la Fundación Instituto de la Mujer presentó el libro *Camarines de Mujeres: memorias de prisioneras políticas del Estadio Nacional*, en que siete mujeres entonces trabajadoras, estudiantes, activistas, y/o dueñas de casa, de distintas edades y clases sociales, relatan sus vivencias estando detenidas en el campo de concentración que se creó en el Estadio Nacional en 1973.³⁴ En tanto, el 13 de agosto de 2019 fue lanzado el libro *Las asistentes sociales de la Vicaría de la Solidaridad*, de la historiadora María Soledad del Villar Tagle, que rememora como las asistentes sociales, todas ellas mujeres, se convirtieron en quizás el rostro más visible de los esfuerzos de la Iglesia católica de ofrecer alguna respuesta frente a la represión desatada por la dictadura en Chile. El relato complementa énfasis anteriores en relación con el liderazgo dentro de la institución, y/o de su departamento jurídico, donde, si bien trabajaban emblemáticas abogadas como Carmen Hertz y Rosemarie Bornand, la coordinación estuvo predominantemente en manos de hombres. Finalmente, en agosto de 2019, en el marco del Festival de documentales SanFic 2019, se realizó un preestreno en Chile, el 20 de agosto de 2019, del documental “Haydée y el pez volador”, que tuvo su mayor distribución nacional a partir de mediados de 2020. La protagonista del documental, Haydée Oberreuter, relata sus múltiples luchas por obtener justicia y verdad, por ella y por muchas sobrevivientes más, tras ser torturada por la Armada y sufrir la pérdida de un hijo que gestaba. Haydee fue detenida, junto a su madre e hija de un año y medio, teniendo ella cuatro meses de embarazo. La exdirigente estudiantil, hija y nieta de mujeres sindicalistas, hasta el día de hoy sigue luchando como integrante del Comando Nacional de Ex Presos Políticos y dirigente de la Agrupación de Familiares de ex Presos Políticos Fallecidos. El documental, dirigido por Pachi Bustos, se estrenó en múltiples festivales a lo largo del mundo en 2019 e inicios de 2020.

34 El libro está disponible para descargar en forma gratuita desde el sitio web de la Fundación, www.insmujer.cl

3. JUSTICIA

3.1 Chile y el sistema interamericano de protección y promoción de los DDHH

3.1.1 Relaciones y publicaciones

A principios de septiembre de 2019 se realizó una ceremonia en las dependencias de la Cancillería chilena, con ocasión del 60° aniversario de la creación de la CIDH que, junto a la Corte IDH, son las principales instituciones intergubernamentales del sistema regional de promoción y protección de los DDHH. El evento parecía señalar un cambio de postura, dado que en abril pasado el gobierno de Chile suscribió, junto a otros cuatro gobiernos de derecha de la región, una polémica misiva oficial emitiendo fuertes críticas al SIDH, en general, y cuestionando el papel de la CIDH, en particular. El gobierno estuvo representado en el evento por el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, y por la subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren. La comitiva de la CIDH incluyó a la comisionada chilena, Antonia Urrejola, y al entonces secretario ejecutivo de la instancia, Paulo Abrão. El itinerario incluyó una audiencia de la directiva con el presidente Piñera.

Hacia mediados de 2020, la Corte IDH y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, entidad que complementa el SIDH en las áreas de investigación y difusión, publicaron documentos con alta relevancia para la agenda nacional de deberes en materia de justicia transicional aún sin cumplir. La Corte presentó, a fines de mayo, una versión actualizada del número 15 de su serie “Cuadernillos de Jurisprudencia”, documento que trata el tema de justicia transicional.³⁵ Los cuadernillos sistematizan los estándares internacionales relevantes en determinada temática, según han sido aplicadas e interpretadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tanto, en julio de 2020 el IIDH publicó el libro *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos*.³⁶

3.1.2 Controversias, causas y soluciones amistosas

Al igual que en *Informes* anteriores, debemos señalar los aspectos pendientes de cumplimiento de buena parte de las sentencias en casos contra Chile, en materia de justicia transicional, vistas por la Corte IDH en años anteriores, siendo el Poder Judicial el que más señales ha

35 CIDH, “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, N°15, Justicia Transicional.

36 El libro puede ser descargado gratuitamente en el enlace: https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/8508/29-ibanez_desaparicion_forzada.pdf

mostrado de aplicación y cumplimiento de lo requerido o recomendado por la Corte. En el período actual se registró al menos una nueva controversia llevada ante el sistema, así como una solución amistosa, ambas en materia del derecho a reparación.

La solución amistosa, concretada en abril de 2020, tuvo su origen en una petición ingresada en 2004, y ampliada en 2008, por familiares de Juan Luis Rivera Matus, detenido desaparecido desde 1975. La petición en su forma ampliada tiene dos aspectos. En el primero, respecto a la resolución penal que los tribunales nacionales dieron al crimen cometido contra Juan Luis, se reclama contra la concesión de beneficios para los perpetradores por aplicación de prescripción gradual en 2007. Dicho aspecto queda aún pendiente ante la CIDH (número de petición 1275-04 B). El aspecto reparatorio, bajo el número de petición 1275-04 A, dio lugar a un acuerdo de solución, que fue firmado en enero de 2020 con el Estado, recibiendo la aprobación final de la CIDH el 18 de mayo.³⁷ El acuerdo incluye una cláusula de reparación pecuniaria, que debe ser cumplida dentro de seis meses. Con ella se pone fin a la controversia con respecto a la falta de reparación ocasionada por la denegación, por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, de una demanda civil interpuesta por la familia. El argumento aducido entonces por la Corte Suprema fue que la acción civil se hallaba prescrita, un criterio que hoy ha sido abandonado por el máximo tribunal, pero aún imperaba a la fecha de la resolución. Aquella denegación constituyó, a juicio de los peticionarios, una violación a los artículos 1.1, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), por cuyo correcto cumplimiento velan ambos órganos del sistema interamericano. La resolución por acuerdo señala algún grado de aceptación de parte del Estado de Chile de su error, y evita que el tema sea sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. El acuerdo toma una línea similar a la que señaló la Corte en 2018 en el *caso Órdenes Guerra y otros versus Chile*.³⁸ En su sentencia en dicho caso, la Corte reconoció y valoró un cambio de criterio de la Corte Suprema que había ocurrido con posterioridad a los hechos objetados en ambas peticiones. Ello toda vez que, a fines del 2014, la Corte dispuso trasladar la vista de recursos de casación en la materia a la Sala Penal; Sala que desde entonces ha sostenido, por mayoría, la imprescriptibilidad tanto civil como penal de los crímenes de lesa humanidad.

37 CIDH, "Informe No. 23/20, Caso 1275-04 A, Informe de Solución Amistosa", OEA/Ser. L/V/II. Doc. 33, 13 de abril de 2020.

38 Corte IDH, *caso Órdenes Guerra y Otros versus Chile*, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2018.

En su Informe, publicado en abril, la CIDH instó a las autoridades a avanzar hasta lograr el cumplimiento total del acuerdo.³⁹ Lamentablemente, todo indica que dicho cumplimiento no abarcaría la rectificación de injusticias cometidas contra otras familias antes del mencionado cambio de criterio en materia civil, cada vez que una causa reciente, protagonizada por otra familia, produjo resultados desalentadores. Se trata de la familia de Francisco Baltazar Godoy Román, detenido-desaparecido desde 1973 en Paine. En 2013 una demanda civil inicial fue rechazada, en circunstancias similares a las aquí descritas, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema. En 2017, la familia optó por incorporar nuevamente una demanda civil, esta vez como arista de la causa penal seguida por la desaparición forzada (secuestro) de Francisco Godoy Román. De este modo, se llamó la atención sobre la injusticia relativa que el cambio de criterio supone, en perjuicio de quienes vieron denegadas, con anterioridad, sus justas demandas: todo indica que la misma demanda, interpuesta hoy, habría de prosperar a la luz de una lectura correcta de las responsabilidades internacionales que siempre imperaban. No obstante, y a pesar del contenido de la sentencia “Órdenes Guerra”, en noviembre de 2019 la familia Godoy Román vio la denegación definitiva de la arista civil de la nueva causa, esta vez aduciendo que el rechazo recibido en 2008 configura cosa juzgada.⁴⁰ En respuesta, la familia ingresó una petición ante la CIDH el 12 de mayo de 2020. De ser declarada admisible, promete reforzar tanto la línea del actual acuerdo, como el precedente ya establecido en la sentencia “Órdenes Guerra”.

Desde la óptica de los deberes y derechos en materia de justicia transicional, si bien las repetidas intervenciones del SIDH envían señales que son bienvenidas, y aunque la tendencia en los tribunales superiores en tiempos recientes ha sido por acoger, al menos por mayoría, una versión de los criterios promovidos por el SIDH, es preocupante que tantas familias y sobrevivientes tengan que recurrir al largo y tortuoso proceso de peticionar. La satisfacción de los derechos que la posición del Estado les obliga a reclamar ante el sistema interamericano, podría perfectamente garantizarse en forma proactiva con legislación, políticas públicas, y soluciones administrativas y/o legales que se resuelvan a favor de todas las personas afectadas por determinadas situaciones de injusticia o cambios de criterio, en vez de conceder soluciones solamente caso por caso una vez que se haya levantado una petición o controversia.

39 Informe de la CIDH, op. cit.

40 Corte Suprema Rol. 20.520-2018, 14 de noviembre de 2019.

3.2 Tribunales nacionales

Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2020, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en diez periodos estadísticos.

Periodos	Número de procesos finalizados en la Sala Penal de la Corte Suprema
Julio 2010 - junio 2011	23
Julio 2011 - junio 2012	18
Julio 2012 - junio 2013	4
Julio 2013 - junio 2014	12*
Julio 2014 - junio 2015	44**
Julio 2015 - junio 2016	58°
Julio 2016 - junio 2017	55°
Julio 2017 - junio 2018	37°
Julio 2018 - junio 2019	44°
Julio 2019 - junio 2020	47***

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.

* Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

** Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

° Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

*** 15 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

Cuadro 2. Detalle de las 47 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2019 y junio de 2020 (inclusive) en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura.

Causa	Fecha fallo	Rol
1. Secuestro calificado de Luis Ángel Cornejo Fernández.	19.07.2019	Rol 6550-2018
2. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Miguel Ángel Acuña Castillo.	26.07.2019	Rol 2458-2018
3. Secuestro calificado de Domingo Huenul Huaquil.	27.08.2019	Rol 6177-2018
4. Indemnización civil Agneo José Osses Beltrán, ex preso político sobreviviente.	3.09.2019	Rol 29448-2019
5. Indemnización civil Juan Alejandro Vargas Contreras, detenido desaparecido.	4.09.2019	Rol 31272-2018
6. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de matrimonio Bárbara Uribe Tamblay y Edwin van Yurick Altamirano.	17.09.2019	Rol 7406-2018
7. Caso Paine: homicidio calificado de Gustavo Martínez Vera.	27.09.2019	Rol 15048-2018
8. Caso Paine: homicidio calificado de José Gumercindo González Sepúlveda.	27.09.2019	Rol 17001-2018
9. Caso Paine: homicidio calificado de Luis Díaz Manríquez.	27.09.2019	Rol 17094-2018
10. Caso Paine: secuestro calificado de los hermanos Hernán Fernando y Juan Humberto Albornoz Prado.	27.09.2019	Rol 18620-2018
11. Caso Paine: secuestro calificado de Pedro Vargas Barrientos.	27.09.2019	Rol 20526-2018
12. Caso Paine: secuestro calificado de Jorge Valenzuela Valenzuela.	27.09.2019	Rol 20548-2018
13. Delito de aplicación de tormentos a Guillermo Torrealba Pastén, ex preso político sobreviviente.	30.09.2019	Rol 8318-2018
14. Indemnización civil caso 18 ex presos políticos sobrevivientes.	1.10.2019	Rol 6853-2019
15. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Héctor Zúñiga Tapia.	7.10.2019	Rol 1030-2018

16. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Bernardo de Castro López.	7.10.2019	Rol 3322-2018
17. Indemnización civil José Enrique Cárcamo Barría, ex preso político sobreviviente.	15.10.2019	Rol 17842-2019
18. Homicidio calificado de Domingo Obreque Obreque y apremios ilegítimos de Hilda Francisca Gana Mardones, sobreviviente.	22.10.2019	Rol 5235-2018
19. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Vicente Segundo Palomino Benítez.	28.10.2019	Rol 3524-2018
20. Indemnización civil Fernando Sergio Coulon Larrañaga, ex preso político sobreviviente.	29.10.2019	Rol 17710-2019
21. Caso Paine: secuestro calificado de Francisco Baltazar Godoy Román.	15.11.2019	Rol 20520-2018
22. Secuestro calificado de Etienne Marie Pesle de Menil.	18.11.2019	Rol 3525-2018
23. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Antonio Sergio Cabezas Quijada.	18.11.2019	Rol 4227-2016
24. Indemnización civil Armando Jiménez Machuca, ejecutado político.	4.12.2019	Rol 3432-2018
25. Delito de aplicación de tormentos con resultado de muerte de Manuel Elías Jana Santibáñez, ejecutado político.	5.12.2019	Rol 8390-2018
26. Indemnización civil Guillermo Torres Gaona, ex preso político sobreviviente.	9.12.2019	Rol 18179-2019
27. Indemnización civil Adela Calderón García, ex presa política sobreviviente.	16.12.2019	Rol 16950-2019
28. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de María Angélica Andreoli Bravo.	23.12.2019	Rol 2661-2018
29. Homicidio calificado de Jean Eduardo Rojas Arce.	27.12.2019	Rol 20444 -2018
30. Homicidio simple de Marcos Hernán Montecinos San Martín.	27.01.2020	Rol 12707-2019
31. Indemnización civil José Lino Mardones Mardones, ex preso político sobreviviente.	27.01.2020	Rol 23094-2019
32. Indemnización civil Leandro Antonio Jarpa Ortiz, ex preso político sobreviviente.	30.01.2020	Rol 23093-2019

33. Homicidio calificado de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas.	5.02.2020	Rol 8065-2018
34. Homicidio simple de Luis Humberto Ferrada Piña.	26.02.2020	Rol 8647-2018
35. Indemnización civil ocho ex presos políticos sobrevivientes: María Navarrete Muñoz, Jimena Fuenzalida Navarrete, Marisol San Martín Chávez, Edgardo Campos Muñoz, Clodomiro Cea Torres, Rolando Rodríguez Carrasco, José San Martín Bustos, Moisés Fuentealba Rivas.	2.03.2020	Rol 29167-2019
36. Secuestro calificado de Luis Humberto Piñones Vega.	12.03.2020	Rol 8398-2018
37. Homicidio simple de Manuel Vicente González Muñoz.	13.03.2020	Rol 12283-2018
38. Homicidio simple de Mercedes Luzmira Polden Pehuén.	16.03.2020	Rol 12196-2018
39. Indemnización civil Pablo Raúl Leiva Pasten, ex preso político sobreviviente.	17.03.2020	Rol 26023-2019
40. Secuestro calificado de Gabriela Arredondo Andrade.	23.03.2020	Rol 28138-2018
41. Homicidio calificado de Onofre Peña Castro	25.03.2020	Rol 18650-2018
42. Indemnización civil Moisés Marilao Pichún, ejecutado político.	21.04.2020	Rol 31965-2019
43. Delito de aplicación de tormentos a Beatriz Aurora Castedo Mira, ex presa política sobreviviente.	15.06.2020	Rol 8948-2018
44. Caso población Lintz Puerto Montt: homicidio calificado de Pedro Antonio Bahamondes Rogel, José Santiago Soto Muñoz, Héctor Hugo Maldonado Ulloa y José Mañao Ampuero.	16.06.2020	Rol 8914-2018
45. Indemnización civil Manuel González Vargas, ejecutado político.	22.06.2020	Rol 36905-2019
46. Indemnización civil 24 ex presos políticos sobrevivientes.	23.06.2020	Rol 34111-2019
47 Delito de secuestro simple de Eduardo Guillermo Cancino Alcaíno, ejecutado político.	24.06.2020	Rol 15186-2018

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.

3.2.1. Ministros en visita y coordinación DDHH

El 2 de agosto de 2019, la Corte Suprema informó una serie de medidas para agilizar la tramitación y vista de las causas de DDHH de tiempos de dictadura, en las distintas Cortes de Apelaciones del país. Es un hecho constatable que, a las demoras ocasionadas en la investigación y tramitación de dichas causas por las y los ministros de fuero, a veces se suman largos tiempos de espera adicional debido a la formación de “cuellos de botella” esperando la resolución, en etapa de apelación, de controversias levantadas sobre sentencias de primera instancia. Las medidas fueron dispuestas por el Pleno de la Corte en base a un informe presentado por Ricardo Blanco, ministro coordinador de causas de DDHH de la Corte Suprema. Estas incluyen la creación de un seguimiento diferenciado de causas de DDHH en el sistema informático de los tribunales, y la conminación a las y los relatores respectivos a que ejerzan especial cuidado y exhaustividad en establecer con estricto apego al Art. 69 del Código Orgánico de Tribunales, las tablas que definen las causas por verse en determinada Corte de Apelaciones cada semana. Se estableció, asimismo, un sistema de alerta y notificación en caso de declaraciones de inhabilidad, para permitir que la demora ocasionada no exceda el plazo de una semana, y en general se le encarga al presidente de cada tribunal velar e informar, al ministro coordinador, que la dictación de las sentencias respectivas se haga dentro de los plazos señalados en la ley. Abogadas y abogados de DDHH consultados por el Observatorio señalaron su acuerdo con lo dispuesto.

Las medidas son parte de los diversos aportes emanados de la Oficina de Coordinación Nacional de DDHH (1973-1990), cuyo fortalecimiento, en mayo de 2019, generó una estructura que contempla la participación laboral de cuatro profesionales de dedicación exclusiva –analistas y otros– bajo la dirección de su abogado jefe, Cristián Sánchez. Las actividades de la oficina, desde aquel entonces, han incluido la confección, en respuesta a solicitudes desde el Observatorio, de minuciosos informes estadísticos que alimentan el presente *Informe*. Esta es una gestión muy importante que aprovechamos de reconocer y agradecer, ya que representa un aporte al derecho a la verdad y, a la vez, un avance en la transparencia y comunicación de los resultados del proceso de la justicia. También figuran la confección de boletines estadísticos anuales detallando las causas de DDHH ingresadas y terminadas, información que se hace pública a través de la página web de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.⁴¹ Otra valiosa iniciativa consistió en dos encuentros presenciales, realizados en noviembre

41 Dirección de Estudios Corte Suprema, Boletín Estadístico en materia de DDHH, 2018. La publicación del Boletín para 2019, que sufrió retraso debido a los efectos de la pandemia, se prevé para el segundo semestre de 2020.

y diciembre de 2019, reuniendo actuarías/os y otros colaboradores de ministras/os en visita en causas de DDHH, para promover el intercambio de buenas prácticas. Las iniciativas dieron frutos incluyendo la creación de canales para compartir inquietudes, material de trabajo, etc., y se espera serán repetidas, esta vez a distancia, durante 2020. De modo similar, actuarías/os de distintas Cortes pudieron participar durante el primer semestre de 2020 en capacitaciones virtuales, impulsadas por la ministra Marianela Cifuentes, de la Corte de San Miguel, con expertas y expertos en temas de peritaje.⁴²

Conforme a lo informado por la mencionada Oficina, al 30 de junio de 2020 eran 13 las y los ministras/os en visita que tramitaban causas penales relacionadas con crímenes de tiempos de dictadura, en ocho Cortes de Apelaciones del país.⁴³ Sus labores contemplan el suministro de reportes bimensuales a la Oficina de Coordinación, que procesa los datos recibidos e informa los resultados a otros servicios del Estado, así como a requirentes de la sociedad civil, entre ellos, asociaciones de familiares y/o sobrevivientes. En esta sección, informaremos en mayor detalle los datos relacionados con causas en primera instancia (sobre lo acontecido en instancias superiores, ver inter alía sección 3.2.6, a continuación). Debido al formato de producción y análisis de los datos oficiales, reportamos sobre el año calendario 2019 completo, más el primer semestre del 2020. A lo largo de 2019, las y los ministras/os en visita recibieron 468 causas nuevas relacionadas con crímenes de la dictadura, 52% de las cuales siguieron vigentes al término del mencionado año. 34 causas (7%) habían sido falladas, mientras que las demás fueron archivadas, acumuladas, etc. Las 245 causas que seguían vigentes a fines de diciembre, sumadas a las ya existentes, generaban un total de 1.504 causas de DDHH en tramitación en primera instancia, al 31 de diciembre de 2019. Un 77% de ellas se hallaba en estado de sumario. El ingreso más grande de causas nuevas por Corte/región correspondía a Punta Arenas, donde la ministra Marta Pinto recibió 119 causas nuevas en 2019.⁴⁴ En relación con los tipos penales, 78% de los nuevos ingresos acogidos a tramitación alegaba alguna forma de privación ilegal de libertad, incluyendo el secuestro. Once casos mencionaban la sustracción ilegal de menores. Lesiones y amenazas también aparecían entre las figuras relativamente novedosas mencionadas.

42 Todos los datos aquí mencionados, asimismo, las estadísticas citadas a continuación, proceden del "Informe Consolidado: Estadísticas de Estado de Causas en materia de DD.HH. Periodo 2019 – junio 2020", Oficina de Coordinación Nacional Causas Derechos Humanos, 25 de septiembre del 2020, y correspondencia electrónica asociada, confeccionado a solicitud del Observatorio de Justicia Transicional (en lo que sigue, "Informe Consolidado: Estadísticas de Estado de Causas").

43 La Serena, Valparaíso, Santiago (cuatro ministros), San Miguel (dos ministras), Talca, Concepción (dos ministras/os), Temuco, y Punta Arenas.

44 Después figuraba Valparaíso, y, en tercer lugar, Santiago.

Entre enero y junio del 2020, inclusive, otros 43 ingresos fueron recibidos por las y los mismos 13 ministras/os, 37 de los cuales seguían vigentes al 30 de junio. Entre los tipos penales denunciados, figuraba de nuevo la sustracción de menores (dos casos). La tortura, en alguna de sus formas o formulaciones, fue mencionada en 36 de los 43 casos. En esta oportunidad, Valparaíso fue la Corte que concentró la mayor proporción de los ingresos nuevos (18 de 43), seguida por Santiago. Solamente se registró un nuevo ingreso en Punta Arenas.

El efecto combinado de dichos ingresos, con la resolución de una porción de ellos y de causas ya en tramitación, dejó un saldo de 1.471 causas vigentes en tramitación en primera instancia, al 30 de junio de 2020. 1.131 (77%) de estas causas estaban en estado de sumario, con 6% en plenario y 17 % falladas (pero con casaciones y/u otros tipos de recursos pendientes ante instancias superiores). La suma de la actividad de ministras/os en visita en el periodo de 18 meses (2019, más los primeros seis meses de 2020) incluyó la formulación de acusaciones a 204 individuos, y el procesamiento de 201.⁴⁵ Se cerraron 117 sumarios (22 de ellos, en el primer semestre de 2020), se dictó un total de 80 sentencias de primera instancia (26 de ellas en el primer semestre de 2020). Las sentencias impusieron 297 condenas y 87 absoluciones (94 y 13 de estas, respectivamente, en el primer semestre de 2020).⁴⁶

En lo expuesto arriba, se pueden detectar algunas señales de un posible, y probablemente inevitable efecto “ralentizador” en la acción de la justicia, producto de la emergencia sanitaria por el Covid-19 a partir de marzo de 2020.⁴⁷ Esta misma coyuntura llevó a la introducción de múltiples medidas extraordinarias para permitir la continuación del trabajo de los Tribunales de Justicia, entre ellas, la celebración de audiencias virtuales. El ministro Jaime Arancibia, adjunto a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, fue uno de varios/as ministros y ministras

45 El número total de personas naturales alcanzadas no se puede deducir, siendo que una misma persona puede repetirse dentro de cada categoría y/o entre categorías.

46 No se puede deducir el número de individuos afectados por las sumas de condenas o absoluciones, por las mismas razones que en la n. inmediatamente anterior, supra.

47 Si bien no todas las cifras para el primer semestre del 2020 demuestran una tendencia a la baja, ni en términos pro-rata ni, a veces, en términos absolutos: el número de procesados en el primer semestre de 2020 (109) excede igual cifra para la totalidad de 2019 (92). Y si bien las cifras respectivas de sumarios cerrados muestran 95 (año 2019) versus solamente 22 (primera mitad de 2020), los totales de sentencias dictadas demuestran una simetría casi exacta (54, en 12 meses, y luego 26, en seis). Si existe una tendencia al declive podría no ser, además, atribuible a la pandemia: los totales de condena que se reportan al año en causas falladas en primera instancia muestran una baja consistente en cada periodo, de 382 (2017) a 252 (2018) y 193 (2019). En ese sentido, la tendencia para 2020, al repetirse en segundo semestre, en los hechos revertiría la tendencia (son 94 los condenados en el primer semestre según los datos recibidos). No fue posible aclarar a tiempo si en estas cifras se contabilizan cada una de las múltiples condenas contra un mismo individuo, aunque consideramos que es probable. En tal caso, el número de individuos alcanzados por las condenas mencionadas se reduce.

en visita en causas de DD.HH que mostró particular preocupación por el impacto de dichas medidas en familiares, sobrevivientes y testigos en las causas que instruye. Encabezó, en mayo, una reunión de coordinación con personal regional del Programa de Reparación y Atención Integral en Salud, PRAIS, con el fin de explorar vías para mitigar los efectos negativos y, de ser posible, agilizar las causas.⁴⁸

3.2.2 Otros cambios judiciales relevantes: composición de la Corte Suprema y nominación fallida del ministro Mera a la Corte Suprema

A finales de 2019, el pleno de la Corte Suprema aprobó cambios en la distribución de ministras y ministros en sus salas y comités. A partir del 6 de enero de 2020, la presidencia de la Corte pasó a manos del ministro Guillermo Silva. En tanto, el saliente presidente, Haroldo Brito, se incorporó a la Sala Penal, en la vacante producida por el cese en el cargo (por jubilación) del ministro Hugo Dolmestch. A partir del 1 de abril de 2020, el ministro Leopoldo Llanos, recientemente incorporado a la Corte Suprema (en diciembre de 2019), también pasó a integrar la Sala Penal, por el cese en el cargo del ministro Lamberto Cisternas. Fuentes cercanas al tribunal estimaron que los cambios en la composición de la Sala Penal serían favorables al avance de las causas de DDHH, toda vez que tanto el ministro Brito como el ministro Llanos –ministro en visita en causas DDHH entre 2012 y 2017– cuentan con experiencia directa relevante, y/o históricamente han fallado acorde a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, DIDH, en la materia. El ministro Dolmestch, en cambio, falló consistentemente en pro de la reducción de penas y/o la concesión de beneficios intra penitenciarios, siendo uno de los arquitectos del notorio “Supremazo” de 2018 (ver *Informe 2019*).

El proceso de nominación de un juez o jueza para llenar el puesto vacante dejado por el retiro del ministro Dolmestch en la Corte Suprema, suscitó controversia a mediados de 2020, luego de que el presidente Sebastián Piñera seleccionó, desde la quina propuesta por la Corte Suprema, el nombre del ministro Raúl Mera, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Si bien la nominación fue inicialmente ratificada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta, su aprobación no contó con unanimidad. Dos miembros de la comisión expresaron sus reservas sobre el actuar del ministro en diversos fallos de incidencia, como en recursos de protección por daños medioambientales y causas de violaciones a los DDHH ocurridas en tiempos de dictadura.

Las críticas se centraron particularmente en el actuar del juez Mera cuando fue nombrado, en 2003, como ministro en visita para instruir

48 Observatorio de Justicia Transicional, *Boletín 59*, mayo-junio de 2020.

el caso de la ejecución política de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin. Los dos militantes del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, FPMR, fueron asesinados en octubre de 1988 en el marco de una operación de rastri- llo que reunía todas las características de una caza. Luego de siete años en que sobreesó en varias oportunidades la causa, el ministro termi- nó absolviendo a todos los ex carabineros alguna vez procesados en la causa, incluso admitiendo la hipótesis, introducida por un informe de peritaje obtenido por la defensa, de que las muertes pudiesen haber sido accidentales.⁴⁹ Exponiendo ante la comisión, el ministro defendió su fallo al recordar que las absoluciones dictadas habían sido mante- nidas en las instancias superiores a las que fue elevado su veredicto. Al hacerlo, omitió incluir mención del acuerdo muy inusitado tomado por la Corte Suprema en el caso. En efecto, el fallo final del máximo tribunal ratificó las absoluciones. Insistió, a la vez, en reinstaurar la ca- lificación de los hechos como homicidios, calificación coincidente con el narrativo fáctico presente en el Informe Valech –y avalado por los dos principales informes periciales en la causa– al retratar las muertes como asesinatos deliberados, precedidos por la captura y tortura de los dos guerrilleros por agentes estatales.⁵⁰ A continuación, examinaremos con mayor detenimiento la trayectoria de esta causa desde una óptica de la justicia transicional.

Los próximos pasos en la tramitación de la accidentada nominación del ministro Mera estuvieron marcados por una defensa de la idoneidad del candidato ofrecida por parte del ministro de Justicia y DDHH, Hernán Larraín. Ello habría sido complementado, según la radio Bío Bío, por un documento enviado desde el oficialismo al Senado, respal- dando la candidatura.⁵¹ En él, se hace referencia, nuevamente, a la cau- sa de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin, junto a otras cuatro causas o sen- tencias en que se asegura que el ministro habría demostrado disposición a impartir justicia en temas de DDHH. Una de ellas concierne a la de- tención y procesamiento de 16 manifestantes en el marco del denomi- nado “Puntarenazo” de 1984, cuando Pinochet fue objeto, durante una aparición pública, de abucheos y gritos de “asesino”. Mera, asumiendo la causa, la sobreesó sin condenar a ninguno de los manifestantes de- tenidos. Otra causa dice relación con haber acatado una sentencia de la Corte IDH, de 2005, al omitir la aplicación del decreto ley de amnistía al homicidio de Luis Almonacid Arellano, un profesor baleado en la puerta de su casa, en presencia de su esposa embarazada, en 1973. Dado que las sentencias de la Corte son una fuente de obligación para Chile,

49 Ministro en Visita Extraordinaria Raúl Mera Muñoz, Rol 5004-1988, 18 de octubre de 2010.

50 Corte Suprema, Rol 6373-13, 4 de agosto de 2014, y ver *Informe 2015*.

51 Reportajes Bío Bío.cl: “Raúl Mera: la carta a la suprema de Piñera se defiende de los cuestionamientos en materia de DDHH”, 7 de julio de 2020.

su cumplimiento, si bien correcto, no parece particularmente destacable. En 2013, al culminar la causa penal respectiva, la sala de la Corte de Apelaciones que el ministro Mera integró mantuvo la calificación de homicidio simple del delito, ratificando una pena no privativa de libertad (el homicida fue sentenciado a cinco años, con la concesión de libertad vigilada).⁵² Lo más notable es que además se optó por mencionar, en el documento de defensa de su candidatura a la Corte Suprema, la participación de Mera en la sala que revisó, a nivel de apelación, una causa por el asesinato de Jean Rojas Arce. Efectivamente, el ministro Mera redactó la resolución de segunda instancia, que dictó una pena de 10 años y un día contra el (ahora difunto) agente responsable. Lo que el documento, al menos en la versión citada por el medio señalado, omite mencionar es que la sentencia de primera instancia había condenado al perpetrador a una pena de 15 años y un día.⁵³ Al resolver la apelación, la Sala en que participó el ministro Mera, si bien suprimió un atenuante, admitió otro, y suprimió dos agravantes, para terminar rebajando a un tercio la cuantía de la pena.⁵⁴ El mismo día, la Sala revirtió una condena de nueve años impuesta en primera instancia al mismo agente por el secuestro y tortura de dos niños sobrevivientes. El fallo absolutorio también fue redactado por el ministro Mera.⁵⁵

La discusión suscitada alrededor de la nominación de Mera culminó en su rechazo, por el más estrecho margen posible, en el pleno del Senado. El 5 de agosto de 2020, 28 senadores votaron a su favor, y 14 en contra. Si bien el margen de apoyo fue claramente a su favor, no se llegó a los dos tercios necesarios para alcanzar su ascenso al máximo tribunal. La ausencia del senador oficialista Manuel Ossandón en la votación fue clave, resultando ser el único del total de 43 senadores que no emitió un voto.

Más allá de las particularidades del caso, queda claro que es relevante, e incluso puede ser decisivo, a qué ministros les corresponderá investigar determinadas causas en materia de DDHH, y/o quiénes compondrán las Salas de cada Corte que revisan los resultados de dichas investigaciones. También es pertinente, a la luz del mencionado fallo de la Corte Suprema, detenernos para considerar cual es –o debe ser– el papel de las investigaciones penales en el cumplimiento del derecho a la verdad. Ambos asuntos remiten a

52 CA Rancagua, 14 de enero de 2013, citado en Corte Suprema Rol 1260-13, 29 de julio de 2013. La Corte de Rancagua denegó el atenuante de prescripción gradual, pero declinó a aumentar, en consecuencia, la cuantía de la pena. También rechazó la petición del entonces Programa de DDHH del Ministerio del Interior de cambiar la figura al de homicidio calificado.

53 Ministro Arancibia, sentencia Rol 51.272-2011, 16 de noviembre de 2017.

54 CA Valparaíso, Rol 364-2018, 20 de julio de 2018.

55 CA Valparaíso, Rol 260-2017, 20 de julio de 2018. Ver también sección 3.3.5.

la delimitación de los márgenes de apreciación –el espacio para discrepancia razonable– dentro del derecho, y a la frontera limítrofe entre el derecho y otras instancias socialmente y/o institucionalmente mandatadas para producir verdades –entre ellas, las comisiones de la verdad.⁵⁶ Es un hecho ya establecido que el marco de la justicia transicional invoca el derecho a la verdad. Por su parte, el SIDH considera que la sociedad en su conjunto –y no solamente la víctima particular, o su círculo íntimo– es un derechohabiente en este respecto; y que la satisfacción de dicho derecho requiere de un proceso judicial (siendo insuficiente, por tanto, solamente el relato producido por una comisión de la verdad u otra instancia administrativa).⁵⁷ Accatino une estos principios generales con el derecho penal en general, y el derecho chileno en particular, cual productor de verdades, en un análisis de la causa Magni y Pellegrin desde una perspectiva de justicia transicional.⁵⁸ En su comentario a la jurisprudencia emitida, resalta que las múltiples defensas que existen, de la idea que causas penales realizan un aporte distintivo e insustituible a la justicia transicional, incluyen identificación de su papel en la determinación de la verdad. Observa que, no obstante, esa determinación, por tratarse específicamente de verdad(es) jurídica(s), está circunscrita a numerosos supuestos y umbrales que no rigen en otras áreas de la vida pública, social, o privada.

El texto de Accatino nos demuestra que, así las cosas, la decisión mayoritaria (y muy dividida) de la Corte Suprema en el caso Magni y Pellegrin es más compleja que una simple declaración de que, si bien se pueden dar por comprobados los homicidios, se hayan procesado a las personas equivocadas. Más bien se sostiene que el nivel y tipo de convicción necesario es distinto para uno y otro efecto. Ello abre paso a una discusión muy necesaria sobre los límites de lo que el derecho penal puede y no aportar, a la hora de ofrecer una determinación tanto de hechos como de responsabilidades y responsables. Por razones atendibles, relacionadas con la asimetría de la repartición de los costos en el caso de error, y el cuidado especial que se estima necesario tomar para que no se condene a una persona inocente, es esperable que, con relativa frecuencia, procesos penales terminen sin poder dar por comprobado judicialmente cosas y hechos que, desde otras ópticas epistemológicas,

56 Ver también la discusión en sección 3.2.7, *infra*, sobre la posición contradictoria asumida por el Consejo de Defensa del Estado frente al estatus “canónico” o no, de las nóminas de las Comisiones Rettig y Valech.

57 CIDH, *Derecho a la verdad en América*, OAS Documento OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 de agosto de 2014; Daniela Accatino y Cath Collins, “Truth, evidence, truth: The deployment of testimony, archives and technical data in domestic human rights trials”, *Journal of Human Rights Practice* 8(1), 2016, pp. 81-100.

58 Daniela Accatino, “Prueba, verdad y justicia de transición. El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. 29 N°1, 2016.

con umbrales de convicción distintos, sería absolutamente razonable sostener, afirmar, y dar por sentados.

Una versión de esta disyuntiva es quizás inevitable en todo sistema penal mínimamente garantista. Pero un elemento muy particular que la justicia chilena agrega, a la siempre compleja tarea de establecer verdades jurídicas, es el margen amplísimo que contempla para la convicción personal del juzgador. Como remarca Accatino: “la prevención del Ministro Juica [en el fallo Corte Suprema] lleva a preguntarse cómo puede configurarse un error al no tener por probado un hecho dada la interpretación usual del artículo 456 bis CPP [Código de Procedimiento Penal] como una autorización al juez a fallar conforme a su convicción personal, que le permite no tener por probado un hecho en que se funda la acusación si no se encuentra personalmente persuadido de su ocurrencia”. Es decir, la aparente ausencia de “un estándar de prueba articulado en términos que no remitan a la pura convicción subjetiva del juzgador”⁵⁹ es lo que da un carácter especialmente agudo, a las preocupaciones de comentaristas por las predisposiciones que se le insiste en atribuir a determinados jueces o juezas chilenos al examinar su récord de fallos en determinadas materias. Y es que, en cierto sentido, no debería importar demasiado la posición personal de un juez o una jueza, ya que solamente se le puede o se le debe exigir que interprete o aplique de buena fe, y conforme los preceptos constitucionales y legales respectivos, el derecho vigente. Pero el margen de (legítima) discrepancia que el acto de interpretación de por sí implica, sumado a la particularmente generosa formulación del CPP chileno, podría entenderse como una concesión inusitada de libertad al juzgador para asumir una postura absolutamente *sui generis*, sin mayor fundamento que el de apelar a su fuero interno. El hecho de que fallos anteriores, incluso de tribunales superiores, no constituyan una referente o fuente obligatoria de derecho, agrega su granito de arena, haciendo que la personalidad y *track record* de las y los ministras/os, siga siendo un predictor particularmente confiable sobre cómo fallarán en determinadas materias.

Con todo, si bien las reglas de prueba, y el mismo CPP, son una fuente importante de variación en relación con los fallos esperables y posibles frente a un mismo grupo de hechos, otra cuota de variabilidad está dada, por supuesto, por el contenido de las leyes que deben ser interpretadas (véase, en *Informe 2019* e *infra*, la discusión sobre el Decreto Ley 321 y la absoluta insuficiencia, históricamente advertida por la Corte, del régimen de libertad condicional que establece). Ahí es donde radica la importancia, tantas veces enfatizada por este *Informe*, de que la legislatura también asuma su cuota de responsabilidad en la

59 *Ibid.*

creación y sostenimiento de un ordenamiento interno –actualizado a la luz de las circunstancias modernas y las responsabilidades internas e internacionales del Estado– en materia de justicia transicional.

3.2.2.1 Tendencias históricas en fallos en materia causas de DDHH en la Corte Suprema

En el *Informe 2018* presentamos, por primera vez, cifras permitiendo medir el alcance de las sentencias finalizadas en los tribunales nacionales, desde el final de la dictadura, como proporción del universo de víctimas y sobrevivientes actualmente reconocidos. Aquí presentamos, al igual que en 2019, una actualización de aquellos datos, integrando las 47 sentencias finales del periodo del presente *Informe*.

Tabla A: Causas DDHH del periodo de la dictadura que han recibido sentencia definitiva en los tribunales superiores chilenos entre 1995 y 30 de junio de 2020.

Número total de causas por tipo	476 causas
Causas por indemnización civil	76
Causas penales	400

Tabla B: Clases de victimización abordadas por las causas penales de DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2020.

Número total de causas penales	400 causas
Casos de personas detenidas-desaparecidas.*	179
Casos de víctimas de ejecución política.*	175
Casos mixtos (ejecutados, detenidos desaparecidos y/o sobrevivientes).	23
Casos de torturas y otros crímenes contra sobrevivientes.	20
Casos solamente por asociación ilícita.**	1
Casos solamente por exhumación ilegal.**	1
Casos ley de control de armas.**	1

* Para efectos de esta clasificación, se utilizan las mismas categorías originalmente asignadas a cada caso por la Comisión Rettig/ CNRR y Valech II.

** Los casos clasificados en otras filas de la tabla pueden también incluir condenas por estos delitos. Para efectos de esta tabla, se califica cada fallo según el tipo penal más gravoso mencionado.

Tabla C: Número de víctimas ausentes y sobrevivientes representados en causas penales de DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2020.

Número total de víctimas ausentes (DD y EP) representados.	787
Personas detenidas desaparecidas.	386
Personas ejecutadas políticas.	401
Número total de sobrevivientes representados.	224

Tabla D: Porcentajes de mujeres representadas en las causas penales terminadas entre 1995 y junio de 2020, por tipo de caso.

Número total de personas/ número de mujeres	Porcentaje del total que son mujeres
Víctimas ausentes (DD y EP): total 787 personas, 61 de ellas, mujeres.	7,7% del total de víctimas ausentes con causa penal terminada son mujeres.
Víctimas DD: 386 personas: 352 hombres, 34 mujeres.	8,8% del total de DD con causa penal terminada son mujeres.
Víctimas EP: 401 personas: 374 hombres, 27 mujeres.	6,7% del total de EP con causa penal terminada son mujeres.
Sobrevivientes: 224 personas en cuyo caso ha habido sentencia penal final: 149 hombres, 75 mujeres.	33 % de sobrevivientes de tortura con causa penal terminada son mujeres.

Fuentes: Elaboración propia, con datos de Comisiones de la Verdad, fallos judiciales, registros del Observatorio, y datos suministrados por el Poder Judicial.⁶⁰

Según los registros del Observatorio, entre el año 1995 y el 30 de junio del 2020, se ha dictado un total de 476 sentencias finales en causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura: 400 abordando materias penales y/o civiles, y 76 respecto de demandas

60 Fe de errata: Todas las tablas han sido ajustadas para reflejar, además de las cifras nuevas propias del periodo: (i) reclasificación como DD, de dos personas contadas, erróneamente, como DD en las tablas del *Informe 2019*; (ii) incorporación de cinco personas más, todas ellas EP, cuyas causas –terminadas a nivel de Corte de Apelaciones, en periodos estadísticos anteriores– recientemente han sido incorporadas en el registro acumulado de causas terminadas desde 1995.

civiles solamente.⁶¹ Las 476 sentencias comprenden, principalmente, causas falladas en la Sala Penal de la Corte Suprema. No obstante, incluye también, algunas (pocas) demandas civiles finalizadas en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, más otro grupo, aún más pequeño, de causas penales en que no hubo casación, por cuanto la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva constituye la sentencia definitiva.⁶² Desglosando el universo de causas penales por tipo de victimización reconocida, 179 de los 400 fallos penales, de las que tenemos registro desde 1995, dicen relación con crímenes cometidos contra personas DD; 175 a víctimas EP; 23 a casos mixtos (DD, EP y/o sobrevivientes) y 20 a casos en que solamente figuran expresas y presos políticos sobrevivientes.⁶³ Estas cifras hacen referencia, a su vez, a un total de 787 víctimas ausentes (386 detenidos-desaparecidos, DD, y 401 ejecutados políticos, EP); más un total de 224 personas sobrevivientes.

Si representamos estos totales como proporción de los universos de víctimas ausentes y sobrevivientes oficialmente reconocidos por el Estado de Chile, se han dado sentencias penales finales por los crímenes cometidos contra cerca del 24,5% de las personas reconocidas actualmente por el Estado como desaparecidas o ejecutadas.⁶⁴ Aquello constituye un aumento de 13% con respecto a igual fecha de 2019, consistente con el total de 35 personas DD o EP representadas en los fallos penales finales del periodo actual. En cambio, solamente el 0,59% de las y los 38.254 sobrevivientes reconocidos por “Valech I” y “Valech II” han visto sentencias finales emitidas en causas penales por los crímenes cometidos en su contra.⁶⁵ Persiste, por tanto, la abrumante diferencia entre víctimas ausentes y sobrevivientes, en relación a los niveles de

61 Es decir, demandas sin una arista penal asociada. El detalle de la mayor parte de las sentencias penales puede consultarse en: www.expedientesdelarepresion.cl

62 En relación con estas últimas dos categorías, pueden existir omisiones o pérdida de datos históricos en el registro, un margen de error que permanentemente buscamos reducir o eliminar. Las causas terminadas en la Sala Constitucional de la CSJ son aquellas demandas civiles que fueron resueltas antes del 21 de diciembre de 2014, fecha desde la cual, por disposición del Pleno de la Corte, pasaron a ser conocidas por la Sala Penal.

63 Las tres causas penales terminadas no incluidas en este desglose representan causas sin nombres de víctimas específicas asociadas (asociación ilícita, exhumación ilegal, y vulneración de Ley de control de armas).

64 Calculado sobre un total de personas DD y EP de 3.216 (cálculo del Observatorio sobre la base de Rettig –1991– CNRR –1996– y Valech II –2011–, con ajustes posteriores). En cambio, la suma simple de los registros oficiales mencionados, sin ajuste, es de 3.225 personas. En cualquiera de los dos casos, el porcentaje con causa resuelta no baja de 24% ni asciende a más de 24,47%. Ver *Informe 2018* para mayor detalle sobre las bases de estos cálculos.

65 Representando casi la misma cifra con respecto a la cifra reportada en el *Informe 2019*: el aumento de solamente tres personas en el periodo actual es insuficiente para producir un cambio detectable en la proporción.

satisfacción de su derecho a la justicia penal.⁶⁶ La iniciativa estatal que podría revertir dicho desequilibrio, cumpliendo a su vez con el deber estatal señalado en el fallo García Lucero de la Corte IDH, no se ha materializado. Ello porque aún no se ha ampliado el mandato de la Unidad Programa de DDHH para abordar la judicialización de causas por tortura y otros crímenes cometidos contra personas sobrevivientes. A la vez, observamos una mayor tendencia de parte de las y los sobrevivientes para ejercer en grupo su derecho a reparación por vía judicial: de las 15 demandas civiles resueltas en el periodo actual, 11 fueron interpuestas por sobrevivientes, agrupando un total de 58 personas. Tampoco hemos contabilizado aquí el uso de los tribunales por parte de personas sobrevivientes para revertir condenas espurias impuestas por Consejos de Guerra: fenómeno que analizamos en otra sección del presente *Informe*, y cuya frecuencia sin duda va en aumento.

Si analizamos por sexo, son 34 las mujeres DD representadas en los fallos penales terminados por 386 personas detenidas desaparecidas. Son 27 las mujeres EP, representadas en las causas por 401 personas ejecutadas, terminadas en lo penal. En total, hay 61 mujeres entre las víctimas ausentes con casos penales terminados (7,7% del total de 787 víctimas DD y EP). Aquella proporción es relativamente consistente con el desglose por sexo reportado por las comisiones de la verdad respectivas.⁶⁷ En tanto, 75 mujeres sobrevivientes de tortura y otros crímenes han obtenido sentencias penales contra perpetradores, constituyendo 33% del total de 224 sobrevivientes con un caso penal terminado. Aquello claramente supera las proporciones representadas en Valech I (aproximadamente 12,5% de cuyos calificados eran mujeres) y Valech II (aproximadamente 16,1%).⁶⁸ Este dato sugiere que las mujeres sobrevivientes son más propensas que sus pares masculinos a iniciar acciones penales, lo cual va acompañado por un particular énfasis en poner de manifiesto la violencia sexual que fue cometida desproporcionadamente, aunque no exclusivamente, contra mujeres presas políticas. Claramente, se requiere mucha mayor atención analítica al tema de género que lo que estos cálculos iniciales por sexo representan). Idealmente, se

66 Excluimos a las demandas civiles de este cálculo para minimizar las distorsiones por doble conteo, dado que una proporción substancial de demandas civiles son subsecuentes a un fallo penal inicial respecto de la misma persona, sea DD, EP y/o sobreviviente. En casos de DD o EP a veces existen, además, múltiples demandas, interpuestas por diversos familiares. En el caso de sobrevivientes, es más común que demandas civiles sin arista penal no sean subsecuentes a un proceso penal ya terminado, y sean interpuestas por un grupo relativamente numeroso de personas. Por ambos motivos, la proporción de sobrevivientes reconocidos con alguna acción terminada ciertamente aumentaría al incluir demandas civiles en el cálculo.

67 Rettig (1991), por ejemplo, reportó 94% de hombres y 6% de mujeres entre las víctimas calificadas.

68 Fuente: Informe Valech II, desgloses por sexo. La aproximación es porque las cifras oficiales que aparecen en la tabla publicada no son consistentes entre sí.

debiera incorporar un enfoque de género transversal, muy enfatizado en la normativa internacional, pero que ha estado notoriamente ausente de las acciones oficiales en justicia transicional en Chile.

3.2.2.2 Tendencias recientes en fallos en materia causas de DDHH en la Corte Suprema

En el período estadístico del presente capítulo (julio de 2019 a junio de 2020, inclusive), la actividad de la Corte Suprema de Justicia en relación con violaciones graves de derechos humanos cometidas en tiempos de dictadura incluyó los 32 fallos en materia penal señalados en el cuadro N°2, arriba, y analizados en mayor profundidad, a continuación. Su actividad incluyó, también, 15 sentencias exclusivamente civiles, que reciben atención específica en la sección 3.2.7, a continuación. Al considerar, por otra parte, su rol en la rectificación de diversos tipos de mentiras oficiales promulgadas durante la dictadura –comentado en extenso en sección 2.1, arriba– queda claro que el accionar del máximo tribunal en materia propia de la justicia transicional, ya trasciende solamente la justicia penal.

Otro campo de litigación, que se observa en este período, está relacionado con la reparación simbólica y las garantías de no repetición, representado en la decisión de la Corte Suprema de confirmar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de un recurso de protección, y en la que se ordena al Ejército retirar de la Academia de Guerra Aérea y el Regimiento Tejas Verdes una placa en homenaje al difunto perpetrador Manuel Contreras.⁶⁹ De todas maneras, es llamativo que las FFAA persistan en adoptar posiciones de defensa, reivindicación y glorificación de perpetradores de crímenes de lesa humanidad, los mejores representantes de los antivalores institucionales. El hecho es aún más llamativo cuando se toma nota de que una de las revocaciones de sentencias de Consejos de Guerra ya mencionadas (sección 2.1) involucra un joven suboficial constitucionalista, injustamente condenado por rehusarse a presentarse, el día 11 de septiembre de 1973, para participar en el golpe de Estado.⁷⁰

En lo que se refiere a las decisiones sobre la responsabilidad civil por los daños sufridos por las víctimas o sus familiares, se mantiene la tendencia, consolidada desde 2015, que reconoce la imprescriptibilidad y la compatibilidad de la indemnización civil con las reparaciones

69 Aunque cabe notar que el recurso de apelación del Ejército que motivó la elevación del caso a la Corte Suprema fue rechazado por errores meramente formales; argumentándose que el Ejército carecía de personalidad jurídica propia, debiendo haber sido representado por el Consejo de Defensa del Estado. Corte Suprema, Rol 14.720-2020, 6 de marzo de 2020. En el fallo participó, con voto concurrente, el ministro Raúl Mera, en calidad de ministro suplente.

70 Corte Suprema, Rol 12.504-2019, 25 de octubre de 2019.

dispuestas administrativamente. En cuanto a las sentencias penales, en el período se observa una concentración de recursos de casación en diversas causas asociadas a dos casos grandes, es decir, crímenes que abarcaron una gran cantidad de víctimas y que han dado lugar a múltiples episodios y/o causas distintas. En relación con el primero de ellos, el caso del montaje Operación Colombo, un total de siete fallos fueron emitidos por la Corte Suprema en el periodo. Con ellos quedaron firmes 47 absoluciones, casi todas confirmando decisiones de las Cortes de Apelaciones, de manera semejante a lo ya sucedido en relación con otros episodios del mismo montaje (ver *Informes* anteriores para un análisis y explicación de este hecho). Las mismas sentencias imponen 73 condenas, todas a penas privativas de libertad efectivas, de entre 10 y 13 años de presidio, si bien muchas de ellas recaen sobre un mismo grupo de agentes, culpables de la casi totalidad de los más de 100 asesinatos y desapariciones que la Operación supuso, y que además se encuentran cumpliendo ya penas por otros hechos igualmente aberrantes. Algo similar ocurrió en el segundo caso sujeto a múltiples fallos, el caso Paine, en que un solo agente (el ex carabinero Nelson Bravo) fue objeto de todas las condenas en las siete causas, referidas a diferentes víctimas (las siete emitidas entre septiembre y diciembre de 2019: ver cuadro 2). En términos generales el rango de la extensión de las penas impuestas en los 32 fallos penales del periodo fue alto, ubicándose el máximo en 20 años de presidio en un caso de secuestro calificado, y el mínimo en tan solo 200 días, con beneficio de remisión condicional, en un caso de tortura (bajo el tipo penal de “aplicación de tormentos”) de un ex preso político sobreviviente. Se mantiene, además, el patrón ya habitual de aplicar penas menores, con beneficios de cumplimiento alternativo, en casos de víctimas sobrevivientes, disponiendo las penas más altas para los perpetradores de la desaparición forzada de personas, bajo la figura penal del secuestro calificado. Aunque las ejecuciones extrajudiciales suelen recibir penas relativamente altas cuando se aplica el tipo penal de homicidio calificado, en el período considerado se impusieron, no obstante, penas menores con concesión de beneficio de libertad vigilada o de remisión condicional de las penas en un caso de torturas con resultado de muerte, y en otros casos en los que la ejecución fue calificada como homicidio simple.

Cabe hacer notar que la cuantía de las penas impuestas ha tendido a bajar en las sentencias dictadas entre enero y junio de 2020, aumentando el otorgamiento de beneficios de libertad vigilada y remisión condicional de la pena. De hecho, en los primeros seis meses de 2020, casi la mitad (11 de 24) del total de penas dictadas o ratificadas por la Corte Suprema fueron acompañadas de beneficios que evitaron la privación de libertad, y de aquellas de cumplimiento efectivo solo tres superaron los cinco años y un día de presidio. Por otra parte, la aplicación de la

prescripción gradual como atenuante calificada es otro factor que incide en la cuantía y proporcionalidad de las penas. Si bien se impone, claramente, en las decisiones de la Sala Penal, la tesis de que tratándose de delitos de lesa humanidad esa institución no es aplicable –dado que no lo es la prescripción–, se mantiene, a la vez, la tendencia al voto disidente de los ministros Cisternas, Dolmestch y, a veces, Künsemüller (sobre las diferencias entre su posición y el de los dos primeros ministros mencionados, véase el *Informe 2019*). En ocasiones, algunos/as de las y los abogados integrantes se han sumado a dicho voto disidente. Puede advertirse, entonces, la fragilidad de la posición mayoritaria opuesta a la aplicación de la prescripción gradual, ejemplificada en un caso en que la composición de la Sala hizo que la tesis minoritaria lograra imponerse.⁷¹ Llama la atención cómo esa sentencia pretende presentar ese criterio, falsamente, como asentado jurisprudencialmente (haciendo referencia a que “numerosos fallos” habrían adherido a la doctrina antes expuesta). También sorprende el cambio de criterio respecto a lo que, hasta entonces, era la posición sostenida por el ministro Künsemüller, quien había sostenido que la aplicación de la prescripción gradual era una facultad discrecional entregada a los jueces de las instancias, los que en este caso no la aplicaron.

Por último, es importante advertir que la calidad de delito de lesa humanidad fue discutida y finalmente negada respecto de un homicidio ocurrido en 1979 y calificado como violación de derechos humanos por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.⁷² Se trata del caso de Mercedes Polden Pehuén, una joven de 17 años, quien, de acuerdo a los hechos que considera probados la sentencia de primera instancia, se encontraba con amigos en una cancha de fútbol al interior de la población Pablo de Rokha, cuando varios carabineros, algunos de civil, se acercan a fiscalizarlos, exhibiendo sus armas. Al intentar ella resistirse, uno de los carabineros le disparó a Mercedes, causándole la muerte. Los perpetradores intentaron ocultar su crimen simulando una violación, dejando el cuerpo de la joven en el lugar, semidesnudo y con las ropas desgarradas. La sentencia de primera instancia dictada

71 Corte Suprema, Rol 8.065-2018, 5 de febrero de 2020. El caso, por el homicidio calificado de Sergio Alvarado Vargas, terminó con una sola pena aflictiva (de 5 años y un día), y una pena remitida. La concesión de prescripción gradual no fue ratificada sino impuesta por la Sala, estimando por la más estrecha mayoría posible (3-2) que las instancias inferiores habían errado en no conceder el hiper atenuante. El ministro Valderrama, y el abogado integrante Diego Munita, votaron en contra. Para fundamentar su posición mayoritaria, los ministros Künsemüller y Cisternas, y el abogado integrante Antonio Barra, tuvieron que recurrir en forma muy selectiva a sentencias anteriores de la Corte Suprema, tales como la del caso Prats (2010), siendo que desde 2013, la Sala penal ha tendido a rechazar la prescripción gradual en forma bastante consistente.

72 Ente continuador de las calificaciones que quedaron pendientes de la Comisión Rettig, que reportó en 1996.

por la ministra Marianela Cifuentes reconoció su calidad de crimen de lesa humanidad, razonando, correctamente, que esos hechos, ocurridos “en el contexto de una fiscalización policial abusiva”, “deben ser calificados como delito de lesa humanidad, atendida la política de control del orden público imperante en la época en que fue ejecutado, a saber, una política al margen de la debida consideración por la persona humana y que, en este caso en particular, afectó de manera definitiva el bien jurídico más relevante, la vida, condiciones fácticas que, sin duda, permiten aseverar que se cometió un crimen brutal que no respetó el estándar mínimo de reglas de coexistencia”.⁷³ No obstante, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la anterior, negándole al delito la calidad de crimen de lesa humanidad y declarándolo prescrito.⁷⁴ Sus argumentos incluyeron que no se acreditó que los hechos “sean demostrativos de una actividad policial o de agentes del Estado encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo”, ni “que la víctima fuese objeto de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”.⁷⁵ La Corte Suprema, por su parte, rechazó el recurso de casación interpuesto por consideraciones formales, referidas a los errores y omisiones en su interposición, sin llegar a pronunciarse sobre el fondo del asunto y dejando firme la sentencia que decretaba la prescripción.⁷⁶

Resulta criticable que la Sala Penal de la Corte Suprema no haya procedido a invalidar de oficio la sentencia –tal como la habilitan expresamente los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil–, dado que el criterio sostenido por la Corte de Apelaciones de San Miguel es contradictorio con el que ha sido planteado en otras decisiones de la Sala, donde se consideraba determinante que los hechos hayan tenido lugar en un contexto institucional y político que favorecía la impunidad, la indefensión y el abuso (ver *Informe 2019*).

3.2.3 Fallos connotados en los tribunales nacionales

Si bien el Observatorio no sigue la práctica de denominar a ciertas causas o víctimas como “emblemáticas”, considerando más bien que cada causa, víctima y sobreviviente reviste igual importancia, ha sido nuestra práctica en el presente *Informe* comentar fallos, hitos u otras acciones jurídicas que conllevan especial connotación en cuanto a su potencial de marcar un punto de inflexión en la trayectoria de la justicia transicional en Chile. Una síntesis y un análisis de 50 hitos que

73 Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes, Rol 157-2011, del 26 de octubre de 2017.

74 CA San Miguel Rol 236-2017, del 7 de mayo de 2018.

75 *Ibid.*

76 Corte Suprema, Rol 12.196-18, del 13 de marzo de 2020.

revisten estas características, ocurridos en las tres décadas entre 1990 y 2020, fue publicado en forma actualizada por el Observatorio en junio de 2020.⁷⁷ Aquí comentamos, además, algunos de los mencionados hitos ocurridos en el período del presente *Informe*.

El 9 de abril de 2020, la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (en adelante, la Corte) pronunció una sentencia por la cual acogió, parcialmente, los recursos de apelación interpuestos por las defensas de algunos de los condenados por la sentencia definitiva dictada por el ministro de fuero Leopoldo Llanos, con fecha 21 de julio de 2017. La parte considerativa del fallo de la Corte admite ser descompuesta en cinco secciones, las cuatro primeras de las cuales conciernen a problemas suscitados por la aplicación de la legislación penal sustantiva, a saber: la desestimación de la alevosía como calificante del homicidio imputado; la desestimación de la intervención de seis de los condenados como cómplices en todos o algunos de los múltiples secuestros y en el homicidio imputados, así como de la intervención de dos de los condenados como autores de todos o algunos de los secuestros y del homicidio imputados; y el reconocimiento de la así llamada “media prescripción” como híper-atenuante a favor de los acusados cuyas condenas fueron confirmadas. A ello se añade una quinta sección referida a la cuantificación del daño moral, cuya indemnización había sido solicitada a través del ejercicio de las correspondientes acciones civiles. En este breve comentario el foco estará puesto en la primera y la cuarta de las secciones recién identificadas.⁷⁸

La Corte consideró, en primer lugar, la calificación que el tribunal *a quo* había dado al homicidio de Eduardo Canteros Prado –militante del Partido Comunista, al igual que las 16 víctimas de los secuestros conjuntamente imputados– como constitutivo de asesinato, al declarar que aquel había sido perpetrado con alevosía, en el sentido del N°1, circular 1ª, del art. 391 del Código Penal (en adelante, CP). Para rechazar la calificación jurídica del homicidio como asesinato, la Corte sostuvo que “[e]n ninguna parte de esta descripción el tribunal *a quo* describe una conducta alevosa” (considerando 5º). Para ello, la Corte hizo suya la usual consideración de que la alevosía conocería dos formas, a saber: la “traición” y el “obrar sobre seguro” (considerando 6º). Con base en

77 Observatorio de Justicia Transicional, “Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2020”, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2020. Documento que se encuentra permanentemente disponible, en versiones en castellano y en inglés, a través del sitio web: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/observatorio-justicia-transicional>

78 Para un comentario pormenorizado del fallo, ver Juan Pablo Mañalich, “Homicidio alevoso, intervención delictiva y prescripción gradual: Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso ‘Villa Grimaldi’ (rol 1734-2017)”, *Revista de Estudios de la Justicia* (32), 2020, pp. 209-227.

ello, y tras descartar que la primera de esas dos modalidades pudiera haberse visto realizada (considerando 7º), la Corte sostuvo lo siguiente:

Que es tarea más compleja resolver si el obrar de los autores fue “sobre seguro”. Obrar de esta manera, siempre siguiendo a Novoa, implica tanto el poner asechanzas o preparar celadas, como el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido. Consecuentemente, para que exista alevosía y, específicamente, para entender que se obra sobre seguro, es necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente, lo que no ha sucedido en la especie, en que no aparece de los hechos asentados en la sentencia que los autores de estos delitos hayan creado o procurado una situación de indefensión de las víctimas [considerando 8º, énfasis en el original].

Este considerando no tiene sustento doctrinal, pues no es válida la afirmación de que para que se configure el calificante de la alevosía, sería “necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente”. En la doctrina parece haber un consenso en cuanto a que para que se configure la alevosía sería suficiente un aprovechamiento de la situación objetiva de indefensión en la que se encontrara la víctima, siendo necesario, según algunos autores, “que el aprovechamiento de ese estado se busque de propósito por el delincuente”.⁷⁹

Notablemente, una tesis cercana a esta última es favorecida por Novoa, cuya autoridad fuera invocada, de manera infame, por la Corte en apoyo de su propuesta interpretativa. Según Novoa, la configuración de la alevosía solo exigiría “que el delincuente tenga conciencia de la indefensión de la víctima y de la falta de riesgo con el que opera y quiera obrar aprovechando esas circunstancias favorables para él”, de lo cual se deduciría que actúa con alevosía quien “sin ánimo preordenado aprovecha un estado de absoluta imposibilidad defensiva de parte de su víctima para consumar el ataque”.⁸⁰

La auténtica falacia en la que incurrió la Corte al presentar su argumento, pretendidamente decisivo, para rechazar la calificación del homicidio como asesinato, se hace reconocible en su sugerencia de que el hecho de que “los agentes que dieron muerte a las víctimas de este proceso no buscaron ellos personalmente la situación de superioridad armada que les daba su condición de militares”, proveería una razón para desestimar que el homicidio de Eduardo Canteros Prado haya sido perpetrado alevosamente (considerando 8º). Ello solo se dejaría afirmar,

79 Sergio Politoff y otros, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 117; Mario Garrido, *Derecho Penal Parte Especial*, t. III, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 58 s.

80 Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. II, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 44.

siquiera *prima facie*, si en la modalidad del obrar “sobre seguro” la concurrencia de alevosía en efecto requiriera que los perpetradores hayan intencionalmente perseguido producir la situación de indefensión, que aquí sería correlativa a la “situación de superioridad armada” en la que se encontraban los perpetradores. Y esa premisa es errada.

Pero a esto último se añade el hecho de que, al mismo tiempo, la Corte pretendiera identificar la situación de superioridad correlativa a la situación de indefensión de la víctima con aquella que a los perpetradores brindaba “su condición de militares”. Esta premisa parece ser la que sustenta la maniobra de reducción al absurdo con la que la Corte se permitió jugar, al observar que calificar el homicidio de Eduardo Canteros Prado como alevoso equivaldría “a concluir que todo homicidio cometido por los funcionarios de la Administración a partir del 11 de septiembre de 1973, por el sólo [sic] hecho de ser miembros de los organismos armados del Estado, es alevoso”. La falacia así introducida debería ser fácil de advertir: la conclusión sugerida *ad absurdum* por la Corte solo podría seguirse si la indefensión en la que se encontraba la víctima frente a sus captores no fuera más que el correlato del estatus formal de estos como “funcionarios de la administración”, en vez del correlato de las posibilidades de acción que a estos confería su pertenencia a una organización como la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, cuyas operaciones eran promovidas y supervisadas por el mismo régimen dictatorial que la había creado un par de años antes.

Esto último se ve reflejado, a su vez, en la manera en que la Corte tuvo por configurada la hiper-atenuante prevista en el art. 103 del CP, popularmente etiquetada como “media prescripción”, a favor de todos aquellos acusados cuyas condenas no llegaron a ser revertidas en su totalidad por la sentencia de segunda instancia.

Son conocidas las objeciones que cabe dirigir contra la tesis, identificada con la así llamada “doctrina Dolmestch”, según la cual el carácter imprescriptible de la acción penal referida a delitos que según el derecho internacional tienen el estatus de crímenes de lesa humanidad, no obstaría a la aplicabilidad de la regla del art. 103 del CP. Esto, porque la diversa “naturaleza jurídica” que exhibiría la prescripción de la acción penal en cuanto “causa de extinción de la responsabilidad”, por un lado, frente a la prescripción gradual como mera atenuante de eficacia extraordinaria, por otro, carece de relevancia para zanjar la pregunta de si la prescripción gradual puede operar allí donde la respectiva acción penal es imprescriptible.⁸¹ En su fallo, la Corte perpetúa la aberración jurídica –que en rigor superviene a una aberración lógica– en la que

81 Al respecto, Juan Pablo Mañalich, “El procesamiento transicional del terrorismo de Estado a veinte años del caso Pinochet”, *Anales de la Universidad de Chile*, Vol. 15, 2018, pp. 78 y ss.

consiste la doctrina Dolmestch. Pero la Corte no se detuvo aquí, sino que, además, nos obsequió un auténtico oxímoron que raya en lo macabro, al declarar que:

El transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho y ciertamente tampoco al derecho penal, incluso en ilícitos de esta naturaleza, pues jamás será lo mismo juzgar un hecho ocurrido en el presente a unos sucedidos hace más de cuarenta y cuatro años, como los de la especie [considerando 21º, énfasis en el original].

Al afirmar esto último, la Corte no hizo más que borrar con el codo lo que acababa de escribir con la mano. Su previa admisión de que, en relación con hechos punibles constitutivos de crímenes de lesa humanidad, la acción penal es imprescriptible no puede sino significar que, a lo menos en este ámbito, “el transcurrir del tiempo” sí es “indiferente al derecho”. Pero lo que resulta auténticamente intolerable es que, en el pasaje recién citado, la Corte termine confesando que esa admisión ha tenido lugar, de su parte, a regañadientes. Aparentemente, si de ella dependiera, la Corte estaría disponible para dejar caer el manto del olvido sobre los crímenes perpetrados por los agentes de la DINA.

Distintos episodios de la causa “Caravana de la Muerte” presentaron movimiento en el periodo del *Informe*, incluyendo dos sentencias emitidas por distintas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago. En la primera, de mayo de 2020, hubo una absolución, pero un total de ocho agentes fueron condenados a penas contundentes, de entre 12 años y presidio perpetuo, por el homicidio calificado de 26 víctimas de la “Caravana de la Muerte” en los alrededores de Calama.⁸² Si bien la cuantía de las penas es relativamente proporcional (alta), es preocupante que la Sala haya optado por absolver a los procesados de los cargos de secuestro calificado que en primera instancia se les había formulado, con relación a las víctimas aún desaparecidas. La Corte de Santiago determinó que, a pesar de que al menos tres de las víctimas aún permanecen sin hallar, la identificación, entre la sentencia de primera instancia y la resolución de la apelación, de los restos de otras dos personas del total de 26, bastaba para respaldar la “indesmentible” conclusión de que todas habían sido asesinadas. El precedente de decretar la muerte de personas detenidas-desaparecidas en base a presunciones y hechos circunstanciales es preocupante por varios motivos. Instala o respalda una hipótesis o presunción de muerte largamente resistida y rechazada, con motivos muy atendibles, por familiares y activistas, y podría prestarse para desincentivar o desactivar la búsqueda activa de pruebas de destino final y, en su caso, localización de la persona o sus restos. Ello, porque mientras el Estado de Chile no introduce una modalidad de búsqueda administrativa que ocurra en paralelo a los esfuerzos de

82 CA de Santiago, Rol 3720-2018, 18 de mayo de 2020.

la justicia, toda acción de búsqueda necesariamente tiene que proceder de una orden judicial emitida en el marco de una investigación activa: investigación que, en el caso citado, ya ha cesado debido a su culminación con una sentencia definitiva.

El 7 de agosto de 2020, otra sentencia de la Corte de Santiago condenó a cuatro exmilitares, tres de ellos (Emilio de la Mahotiere, Juan Chiminelli y Pedro Espinoza) también condenados en la sentencia de mayo ya reportada.⁸³ En la nueva sentencia, se revirtió la absolución que había sido concedida en primera instancia a Santiago Sinclair. En el caso puntual, se logró establecer que Sinclair, junto con otros integrantes de la temida comitiva que recorrió el país en las primeras semanas después del Golpe, sembrando muerte y terror bajo las órdenes directas de Pinochet, impulsó la ejecución sumaria y extrajudicial de 12 personas, en su paso por la ciudad de Valdivia a principios de octubre de 1973. Sinclair posteriormente ascendió al grado de teniente general, llegando a ser vicecomandante en jefe del Ejército. Al final de la dictadura, asumió el puesto de senador designado, cargo que ostentó durante ocho años. Amparado por sus conexiones con el poder, se protegió durante casi media década con un manto de impunidad, logrando dilatar el accionar de la justicia al punto que, al menos, otros cuatro condenados fallecieron durante el juicio. Finalmente, a sus 92 años, Sinclair se convirtió en uno de los perpetradores que a más avanzada edad ha tenido que responder por sus crímenes. De todas maneras, la pena impuesta, de cinco años y un día, aún está sujeta a confirmación en la etapa de casación ante la Corte Suprema, y representa el umbral mínimo de pena aflictiva (pena de cárcel) posible, a pesar de la gravedad de los crímenes y su naturaleza reiterada.

En la misma sentencia, tres perpetradores más (de la Mahotiere, Chiminelli y Espinoza) fueron condenados a penas de 3, 5, y 10 años, respectivamente, todos, menos de la Mahotiere, a penas de reclusión. Así las cosas, y si bien la Corte tomó una línea más firme que el fallo de primera instancia –fallo que además criticó en duros términos, tildándolo *inter alia* de “farragoso” (considerando 1º)–, el resultado concreto puede parecer magro, al tratarse del homicidio de doce personas, que la Corte misma describió como el resultado de “un plan previamente concebido” (considerando 6º). La relativamente baja cuantía de las penas es el resultado de la concesión de dos atenuantes a cada uno de los perpetradores –irreprochable conducta anterior, a pesar de la naturaleza absolutamente reiterada de los crímenes de la Caravana, y prescripción gradual– y la negativa de la Corte de reconocer agravante alguno. Este último fenómeno, bastante común en relación a causas de DDHH, procede, en general, de una interpretación muy limitada que

83 CA Santiago, Rol de ingreso 2070-2018-PEN, 6 de agosto de 2020.

la justicia penal chilena aplica a la noción de perpetración y participación: de modo que en el mismo párrafo en que reconoce que los condenados operaron según un “plan ... para proceder a dar muerte a personas”, decide que no son “responsables” de la situación de indefensión de las personas asesinadas, toda vez que dicha situación fue producida por arrestos arbitrarios físicamente realizados por otros individuos. Se niega, en consecuencia, a considerar que actuaron con alevosía. En este sentido, los tribunales chilenos se muestran, en general, bastante retrógrados en relación con las interpretaciones modernas prevalecientes de conceptos tales como la autoría mediata, la empresa criminal conjunta, y otras formas y figuras de teoría de asociación delictiva.

En la causa por el “Episodio población Lintz”, terminada el 16 de junio de 2020, la Corte Suprema tuvo que desautorizar un aparente intento de conseguir una reducción de sentencia de uno de los perpetradores, apelando al hecho de que este había realizado desembolsos económicos a familiares de víctimas. Rechazó la concesión por parte de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de la atenuante de “reparación celosa del daño causado”, aumentando, en consecuencia, una de las penas impuestas por el fusilamiento de un grupo de pobladores en Puerto Montt en 1974.⁸⁴ La sentencia ratificó tres sentencias no afflictivas, pero condenó a Ronald Peake de Ferari Beltrán a 10 años y un día de presidio, sin beneficios (pena afflictiva). Para ello, junto con reiterar la inadmisibilidad de la prescripción en cualquiera de sus dos formas (prescripción o media prescripción), la Sala rechazó, por mayoría, la noción de que la transferencia de dineros por el condenado a las familias de sus víctimas, lo hacían merecedor de una reducción en la cuantía de la pena aplicable. La Corte razonó que para que se configure la reclamada minorante: “[d]ebe tratarse de una acción ‘celosa de reparación del mal causado’, esto es, que produce en el acusado una actitud, una conducta, una decisión posterior al delito, de arrepentimiento y de un propósito cierto y efectivo, de conseguir la mayor reparación, racionalmente posible”. (...) “Si bien –continúa el fallo– Ronald Peake de Ferari efectuó en el proceso tres consignaciones [entre 2014 y 2015] (...) que totalizan [CLP]\$4.000.000, tales desembolsos no revelan un ánimo efectivo de reparación, y tan solo constituyen un acto unilateral de voluntad, sin que se aprecie en ellas vinculación efectiva alguna con el mal causado, puesto que se han materializado transcurridos más de 40 años desde la comisión de los ilícitos, y transcurridos más 4 años desde el inicio de este proceso, (...)”.⁸⁵ El fallo contiene una prevención del ministro Car-

84 Corte Suprema, Rol. 8.914-2018, 16 de junio de 2020. Ver también, Francisco Bustos, “¿Reparación celosa del mal causado? Comentarios de la sentencia de la Corte Suprema en el Episodio Población Lintz”, Observatorio de Justicia Transicional, Boletín 59, 2020.

85 Corte Suprema, Rol 8.914-2018, op. cit.

los Künsemüller, quien a pesar de estar de acuerdo con el rechazo de la atenuante en el caso, quiso precisar que, a su juicio, la concesión de ello no requeriría circunstancias “de arrepentimiento u otras actitudes espirituales especiales”, sino “una manifestación material constatable a favor de la víctima del delito”. No obstante, puntualiza que oportuna no es sinónimo de “celosa”, cuestionando, además, que se pudieran caracterizar las transferencias en este caso como “oportunas”, atendida la época en que fueron realizadas.⁸⁶

Resulta difícil comprender qué tuvo a la vista la Corte de Valdivia para estimar que la realización de algunos pagos por parte de un perpetrador, estando ya avanzada la investigación, y luego de 40 años de denegar y ocultar el crimen, podía constituir una forma de reparar el mal causado (esto, sin detenernos en la cuantía de los montos). Como reflexión general sobre la atenuante en cuestión (art. 11 N°7 CP) podemos plantear que, tratándose de crímenes de lesa humanidad, la reparación celosa del mal causado debería tener un umbral particularmente exigente, fundado en las obligaciones internacionales que hablan del deber de evitar tanto la impunidad, como la apariencia de ella, *inter alia* con la imposición de sanciones proporcionales a la gravedad del delito. Si la reparación concebida en los términos de dicho artículo es homologable a la reparación exigida por los estándares de la justicia transicional es también discutible, dado que esta reparación comprende diversas dimensiones. Estas deben ser satisfechas por el estado infractor y no solamente por un hechor en un contexto penal, mucho menos en la forma de una transacción monetaria en búsqueda de beneficio propio (la morigeración de la sanción penal). En este sentido, la mención de la Sala Penal del arrepentimiento como una posible manifestación de la reparación al menos refleja la idea de imponer mayores exigencias, si bien, como señala el ministro Künsemüller, es de difícil operacionalización, cada vez que tiene que ver con el fuero interno y la conciencia individual del perpetrador.

El contribuir a esclarecer la verdad podría constituir un mejor ejemplo de esfuerzos individuales en procura de la reparación del daño, particularmente, quizás, en el caso de desapariciones forzadas en que aún se desconoce el destino final de las víctimas. Pero en este caso, tratándose además de ejecuciones políticas, el fallo deja en claro que el relato de los hechos suministrado por el perpetrador era patentemente falso.⁸⁷

3.2.4 El Tribunal Constitucional y causas DDHH

La intervención del Tribunal Constitucional (TC) en causas de

86 *Ibíd.*, prevención del ministro Künsemüller.

87 Además, al interpretar de esta forma la atenuante de reparación celosa, se arriesga acercarla demasiado al terreno propio de otra atenuante, la de colaboración sustancial para el esclarecimiento del delito.

derechos humanos entre julio de 2019 y junio de 2020 –cuyo detalle se analiza a continuación–, reafirma la tendencia anunciada en el *Informe 2019*, mostrando una disminución del uso de este recurso por parte de las defensas de perpetradores, así como de su “efectividad” como mecanismo de impunidad⁸⁸ por parte de las defensas, lo que se denunció especialmente en los *Informes 2016, 2017 y 2018*. Las críticas allí vertidas estaban vinculadas especialmente con la gestión del ex presidente del TC, el ministro Iván Aróstica, quien, desde junio de 2018, junto a los ministros Vásquez y Romero, conoció prácticamente la totalidad de las causas de DDHH que ingresaron al TC durante el mencionado período, disponiendo la suspensión, muchas veces indefinida, de dichas causas. Este período llegó a su fin en agosto de 2019 cuando asumió como presidenta del TC la ministra María Luisa Brahm, tras ser electa por el Pleno. La ministra Brahm ha votado consistentemente por rechazar los planteamientos de los perpetradores, como se señaló en el *Informe 2019*. En sus actuaciones públicas, desde entonces, la presidenta Brahm ha mostrado una aproximación distinta a la de su predecesor, habilitando en la página web del TC un enlace que da cuenta de los procesos de DDHH ante el TC, su tramitación y estado procesal, el que se actualiza en forma mensual. También, en declaraciones públicas advirtió sobre la práctica del uso del TC como un mecanismo para suspender procedimientos, marcando distancia con dicha práctica.⁸⁹

La ministra se refirió, en una entrevista en abril del 2020, a demoras “inintendibles”, un uso instrumental del tribunal para dilatar juicios, y una situación “al borde de la corrupción”.⁹⁰ En la misma nota, hizo eco de críticas vertidas por, entre otros, el entonces presidente de la Corte Suprema, ministro Haroldo Brito: “Eso afectaba no solo al requerido, también al Poder Judicial, y ese fue el reclamo del entonces presidente de la Corte Suprema enfocado en lo que estaba ocurriendo en las causas de derechos humanos y tenía toda la razón. Imagine que se trataba de causas que ya de por sí habían demorado muchos años en su tramitación en el sistema penal antiguo (...), lo que nos dijo Brito fue duro, pero súper merecido”.⁹¹ Tras estas declaraciones, algunas de las cuales ratifican muchas de las denuncias contenidas en el *Informe* en sus ediciones de 2017 a 2019, la diputada Carmen Hertz presentó una denuncia por los delitos de prevaricación y cohecho al interior del TC en su intervención

88 Francisco Bustos, “El ‘caso cerro Moreno’ ante el Tribunal Constitucional (...) La paralización de una sentencia firme por crímenes de lesa humanidad”, Conferencia disponible en línea.

89 *La Tercera*: “Brahm: ‘Ir al Tribunal Constitucional para buscar tiempo ya no es negocio’”, 21 de febrero de 2020.

90 *La Tercera*: “María Luisa Brahm, presidenta del TC: ‘Antes de que yo llegara había causas detenidas en el TC por mucho tiempo, al límite de la corrupción’”, 18 de abril de 2020.

91 *Ibid.*

en procesos sobre juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Por su parte, el INDH también solicitó que se investigaran estos hechos. La gravedad de esta situación motivó que, el 20 de abril de 2020, se anunciara, por parte del Fiscal Nacional Jorge Abbott, la apertura de una investigación de oficio a cargo de la Fiscalía de Alta Complejidad Centro-Norte.

El 2 de junio de 2020, *La Tercera* reportó que la mencionada Fiscalía había solicitado a diversos organismos públicos, información sobre la afectación, por demora, de causas sujetas a requerimientos llevados ante el TC.⁹² Según la nota de ese diario, la Corte Suprema ha informado específicamente sobre la afectación de causas de DDHH, incluyendo una copia de un oficio enviado al TC en 2017, expresando preocupación por la materia.⁹³ La Corte también suministró un estudio, producido por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, DECS, dando cuenta de una dilación promedio de 251 días, con un máximo de 662 días, afectando a 21 de un grupo de 36 causas de DDHH respecto de las cuales se ingresaron requerimientos al TC entre 2015 y fines del 2018. Se reporta, además, que la Fiscalía también ofició al propio TC, requiriendo datos sobre votos dirimientes, actas, inhabilitaciones e implicancias registradas por las y los ministros del Tribunal, y los informes en derecho recibidos de determinado abogado litigante. Según el desglose de los períodos de suspensión anexo a un informe enviado al INDH, el TC estimó que existiría, al menos, una tendencia a la mejora (una baja en las demoras sufridas), siendo que, en 2018, por primera vez desde 2015, ningún retraso haya superado los 200 días (promedio simple de 144 días). Aquello sería consistente, en términos generales, con el análisis cualitativo y cuantitativo llevado a cabo por el propio Observatorio. La investigación de Fiscalía continúa, en medio de discusiones públicas y parlamentarias de larga data sobre la pertinencia de reformar o incluso abolir el Tribunal Constitucional.⁹⁴

En el período del *Informe 2019* habían sido ingresadas 15 causas sobre DDHH al TC. Todas ellas se encuentran hoy resueltas.⁹⁵ Por su parte, en el período actual –julio de 2019 a junio de 2020– los procesos

92 *La Tercera*: “Caso TC: Suprema indica que causas por DD.HH. se paralizaron en promedio 251 días y después se rechazaron”, 2 de junio de 2020.

93 Corte Suprema, AD 1212-2017, producto de un acuerdo del Tribunal Pleno, del 4 de octubre de 2017.

94 Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, Informe Final, *25 Propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI*, 28 de junio de 2019, p.3; Colegio de Abogados de Chile.cl: “La tormenta perfecta del TC: la fractura expuesta que pone en jaque el futuro de la entidad”, 24 de abril de 2020.

95 Esos procesos son: Roles 5189-18-INA; 5192-18-INA; 5193-18-INA; 5194-18-INA; 5195-18-INA; 5436-18-INA; 5438-18-INA; 5439-18-INA; 5440-18-INA; 5504-18-INA; 5765-18-INA; 5812-18-INA, 5952-19-INA; 6447-19-INA y 6805-19-INA (INA denota “inaplicabilidad” en los términos del artículo 93 N°6 de la Constitución).

presentados fueron 13.⁹⁶ Doce de ellos se hallaban resueltos al cierre de edición y, de estos, 6 fueron declarados inadmisibles.⁹⁷ Otros tres fueron tenidos por no presentados, y existe un caso que se encuentra en acuerdo de sentencia de fondo.⁹⁸ De los procesos tenidos por no presentados, dos fueron deducidos por el imputado Óscar Alfonso Podlech Michaud. El primero, rol 7142, versaba sobre cuatro investigaciones dirigidas en su contra por su participación en crímenes de lesa humanidad.⁹⁹ Se impugnaban todo tipo de normas referidas a la vigencia del Código Procesal Penal, el Código Orgánico de Tribunales, “todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal”, la Ley 20.357 sobre crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio (salvo un artículo); normas de la Ley 20.968 que tipifica la tortura, y reglas sobre la competencia de la justicia militar. Este primer caso no fue admitido a trámite –por incidir en diversas gestiones judiciales– por unanimidad.¹⁰⁰ El segundo, rol 7992, se presentó respecto de uno de los procesos penales antedichos (rol 113.969, por los homicidios calificados de Hernán Henríquez y Alejandro Flores, y la aplicación de torturas a expresos políticos). Nuevamente, se incumplieron requisitos formales, siendo tenido por no presentado, por unanimidad.¹⁰¹ El tercer caso tenido por no presentado, correspondía a un requerimiento presentado por la defensa de Patricio Castro Muñoz, en el proceso por tres homicidios sustanciados por el ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Concepción, Carlos Aldana, donde tampoco se cumplieron requisitos de la acción.¹⁰²

La primera sentencia que es pertinente comentar se refiere a libertades condicionales, tema tratado en el *Informe 2019*. En enero de 2020, el TC dictó una sentencia de inaplicabilidad respecto de los artículos 3° bis y 9° del Decreto Ley, DL, 321 sobre libertad condicional. Los artículos, en su redacción actual, datan de enero de 2019, cuando se modificó el DL introduciendo requisitos adicionales y/o más estrictos para la concesión del beneficio en determinadas circunstancias: entre ellas, en el caso de condenados por crímenes de lesa humanidad. La

96 Son las causas: 6985-19-INA; 7102-19-INA; 7103-19-CAA; 7104-19-CAA; 7142-19-INA; 7432-19-INA; 7859-19-INA; 7992-19-INA; 8108-20-INA; 8442-20-INA; 8454-20-INA; 8558-20-INA y 8872-20-INA (Caso Boinas Negras). (CAA denota “inconstitucionalidad auto acordado” según el art. 93 N°2 CPR).

97 Fueron declarados inadmisibles los procesos: 7102-19-INA; 7103-19-CAA; 7104-19-CAA; 7859-19-INA; 8442-20-INA; 8558-20-INA.

98 Se tuvieron por no presentados los roles: 7142-19-INA; 7432-19-INA; 7992-19-INA. El Rol 8872-20-INA se encuentra en acuerdo.

99 Roles 114.969, 113.089, 1113.975 y 114.017, sustanciadas por el ministro Álvaro Mesa, ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Temuco.

100 Rol 7142 (5-0).

101 Rol 7992 (5-0). El requirente instó por una reposición, pero fue rechazada por mayoría (4-1).

102 Rol 7432 (5-0).

sentencia determinó dejar sin efecto los nuevos requisitos en el caso particular, por considerar que el cambio vulneraría el principio de igualdad al desfavorecer postulantes nuevos en comparación con quienes habían postulado y recibido el beneficio antes de la modificación. La sentencia benefició al ex agente de la CNI Rodrigo Pérez Martínez, condenado por el último caso de desaparición forzada conocido durante la dictadura: la detención-desaparición de cinco miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, ocurrida en septiembre de 1987. El voto de mayoría fue emitido por los ministros Aróstica, Romero, Letelier, Vásquez y Fernández; el voto en contra es de la ministra Brahm, con los ministros García, Hernández y Pozo.

Los requisitos nuevos antes aludidos incluyen el haber cumplido al menos dos tercios de la condena, antes de postular al beneficio (art. 3º bis). También estipulan que el estado de cumplimiento de este y demás requisitos nuevos, debe ser analizado al momento de la postulación al beneficio (art. 9º). Al declarar inaplicables los dos artículos, el TC falló de modo contrario a lo determinado en una decisión tomada en forma paralela, en un caso similar: en diciembre de 2019, el TC resolvió rechazar un requerimiento similar promovido por una persona condenada por un delito común, produciéndose la paradoja aparente de un trato más benigno a un criminal de lesa humanidad.¹⁰³ De todas maneras, el episodio no terminó en la excarcelación de Pérez Martínez, toda vez que, en su resolución posterior de la apelación inicial, la Sala Penal de la Corte Suprema le denegó la libertad condicional.¹⁰⁴ No obstante, el episodio reviste particular importancia por dos razones: a diferencia de otros planteamientos de perpetradores ante el TC, este parece plantear un auténtico problema jurídico penal, respecto del cual existen interpretaciones diversas defendibles con plausibilidad, en parte porque, más allá de exigir penas acordes a la gravedad de los hechos, e instar a los estados a evitar tanto la práctica como la apariencia de la impunidad, la normativa internacional respectiva dice poco sobre beneficios post sentencia, como la libertad condicional, en casos de crímenes de lesa humanidad.¹⁰⁵ En segundo lugar, se trata de la primera resolución del TC en la materia, referente a criminales de lesa humanidad, desde que se introdujera la nueva norma. Pero en los hechos, esta doctrina del TC, con una inusual mayoría, no ha vuelto a repetirse. A modo de

103 Rol 6717-19-INA, 26 de diciembre de 2019.

104 Corte Suprema, Rol 11159-2020, sentencia del 3 de febrero de 2020, que confirma el rechazo del recurso. Pérez Martínez perdió otro amparo, en marzo de 2020, pero junto a otros perpetradores del mismo crimen presentó un nuevo requerimiento en los mismos términos, a fines de septiembre de 2020 (Rol 9406).

105 Ver, al respecto, Francisco Bustos, "Libertad condicional y crímenes de lesa humanidad. Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional (...)", Boletín N°57 del Observatorio de Justicia Transicional, 2020, pp. 2-7.

ejemplo, en enero de 2020, Pablo Marcelo Rodríguez Márquez, condenado por el secuestro y asociación ilícita en el Caso Berríos, presentó idéntico requerimiento de inaplicabilidad contra los mismos artículos del Decreto Ley N° 321, siendo rechazado su requerimiento, el 23 de abril de 2020, por mayoría (6-3).¹⁰⁶ Por rechazar el requerimiento, se pronunciaron la ministra presidenta Brahm, la ministra Silva, los ministros García, Pozo, Fernández y Pica. Por su parte, mantuvieron su postura por acoger el requerimiento, los ministros Aróstica, Romero y Letelier.

En materia de procesos declarados inadmisibles, se pueden mencionar dos acciones: una presentada por Jaime Lepe Orellana, exsecretario general del Ejército y exagente de la DINA, en los roles 7102-19-INA y 7103, y otra presentada por Sergio Cea Cienfuegos, exfiscal militar, proceso rol 7104. Ambas inciden en el proceso por el homicidio de Carmelo Soria Espinoza, funcionario de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. El primer requerimiento impugnó los artículos 456 bis y 457 del Código de Procedimiento Penal (CdPP); ciertas palabras contenidas en los artículos 2° y 25 N°2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en materia de *jus cogens*, y el artículo 7 N°1 y 2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El requerimiento (rol 7102), fue declarado inadmisibile por mayoría, dando cuenta que el escrito no se encontraba razonablemente fundado –por no indicar la forma en que esos preceptos generarían un resultado inconstitucional–, pero, además, porque los artículos 456 bis y 475 del CdPP contienen los medios de prueba y la exigencia de convicción del juez a través de los medios de prueba legales: reglas que son garantía para el imputado y sin cuya existencia se podría estar frente a un resultado contrario a la Constitución.¹⁰⁷ Respecto de los artículos de tratados internacionales, se expresaron similares argumentaciones dando cuenta del carácter programático y de garantía de los mismos. Un voto de minoría de los ministros Aróstica y Vásquez estuvo a favor de declarar parcialmente admisible el requerimiento –respecto de los artículos 456 bis y 457, numerales 5° y 6° del CdPP, así como los artículos 53 de la Convención de Viena, y el artículo 7 N°1 y 2° del Estatuto de Roma– por considerar que los mismos “son preceptiva de posible aplicación decisiva en el juicio pendiente y constituyen preceptos legales” contra los cuales es procedente la inaplicabilidad. Una prevención del ministro Hernández y la ministra Silva estuvo por declarar inadmisibile la totalidad del requerimiento en atención a que los tratados impugnados son “tratados internacionales,

106 Rol 8108 (6-3). No concurrió el ministro Vásquez.

107 Rol 7102 (3-2).

celebrados entre Estados y regidos por el derecho internacional general, que no pueden ser derogados, modificados o suspendidos sino en la forma prevista en ellos mismos o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, al tenor del artículo 54.1, inciso 5 de nuestra Carta Fundamental”.¹⁰⁸ En efecto, los tratados internacionales no se encuentran comprendidos dentro de la expresión “precepto legal”, de acuerdo a la mayoría de la doctrina, y entenderlo de otra forma podría hacer que el Estado incurriera en responsabilidad internacional.

Los restantes requerimientos, roles 7103 y 7104, buscaban impugnar el Auto Acordado de la Corte Suprema, del 3 de octubre de 1991, que regula la forma de nombrar a un ministro de la Corte Suprema que intervenga como tribunal unipersonal en aquellos casos de delitos de jurisdicción de los tribunales chilenos que puedan afectar las relaciones internacionales de la república con otro Estado, conforme al artículo 52 N°2 del Código Orgánico de Tribunales. La Primera Sala del TC resolvió declararlos inadmisibles por unanimidad, porque el requirente no explica la forma en que lo dispuesto en dicho auto acordado afecta el ejercicio de sus derechos constitucionales.¹⁰⁹ En el proceso rol 7859 se buscó cuestionar el nombramiento de ministros sumariantes, respecto de un proceso sustanciado por el ministro Álvaro Mesa, por el homicidio calificado de cuatro personas y apremios ilegítimos contra cinco sobrevivientes. No se concedió suspensión del procedimiento, y se declaró inadmisibile en virtud de la jurisprudencia previa del TC en los procesos rol 4807, 5192 (recaída en la misma causa), 5193, 5194 y 5195.¹¹⁰ En la causa 8442, que incide en el proceso por el asesinato de Arnoldo Camú Veloso, se impugnaba el artículo 527 del CdPP, sin indicar en forma precisa la vulneración, por lo que se declaró inadmisibile por mayoría (3-2).¹¹¹

De los procesos ingresados durante el período del presente *Informe*, y que se encuentra sin resolución a la fecha, destaca el caso “Boinas Negras” (rol 8872), siendo que el requirente es el mismo Jaime Lepe Orellana, mencionado arriba en su calidad de homicida de Carmelo Soria. Lepe se encuentra, además, acusado por los secuestros calificados (desaparición forzada) de Mario Melo Pradenas y Jorge Piérola, y los secuestros y homicidios de otras víctimas. Esta vez, recurre de inaplicabilidad contra los artículos 485, 486 y 487 del Código de Procedimiento Penal, sobre presunciones judiciales, y contra los artículos 7 N°1, N°2, y 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, impugnando su definición de los crímenes de lesa humanidad y la

108 Rol 7102 (3-2). Prevención del ministro Hernández y la ministra Silva.

109 Rol 7103 (5-0), y Rol 7104 (5-0).

110 Rol 7859 (4-1) con voto en contra del ministro Letelier.

111 Rol 8442 (3-2) con voto en contra de los ministros Letelier y Fernández.

imprescriptibilidad de estos. Respecto de estos argumentos, el *Informe 2019* expone sobre la constitucionalidad de las disposiciones sobre presunciones judiciales, mientras que en materia del ataque a reglas de tratados y al Estatuto de Roma, generalmente se considera que los tratados no pueden atacarse vía inaplicabilidad, toda vez que no da cuenta de la obligación de cumplir los tratados y del hecho que no se pueden invocar disposiciones de derecho interno para justificar incumplir un tratado.¹¹² Aun cuando se pudiera, la imprescriptibilidad de estos delitos y los deberes de perseguir crímenes de lesa humanidad son obligaciones de jus cogens, conforme se ha pronunciado la Corte IDH, *inter alia*, en el caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*. Este segundo requerimiento de Lepe ingresó al TC el 26 de junio de 2020, declarándose admisible por mayoría (3-2), con voto favorable de los ministros Aróstica, Vásquez y Romero,¹¹³ sin suspender el procedimiento. Su resolución se hallaba pendiente a la fecha de cierre de edición.¹¹⁴

3.2.5 Otros hechos connotados en justicia penal

En diciembre de 2019, dos sobrevivientes de la “Clínica Santa Lucía” interpusieron la primera querrela específicamente apuntada contra civiles –médicos y dentistas– que realizaron torturas en ese recinto. Se trata de un espacio ubicado frente al cerro Huelén en Santiago, utilizado por la DINA entre 1974 y 1977 como un centro médico clandestino. Sería potencialmente la primera vez que algunos colaboradores civiles con el régimen tendrán que responder ante la justicia, específicamente por su participación en la orgánica de la tortura durante la dictadura. En la clínica, lejos de cumplir con las funciones de auxilio y protección de la vida que su juramento hipocrático les exigía, las y los operadores de la salud ocuparon sus conocimientos para prevenir la muerte de personas torturadas, con el solo fin de poder reanudar su tortura. Se les sindicó además a algunos funcionarios, el haber perpetrado directamente dichas torturas. La querrela es producto de investigaciones llevadas a cabo por el equipo jurídico de la “Asociación Sitio de Memoria Ex Clínica”. Hoy, el lugar es un sitio de memoria que además alberga a la Comisión Chilena de Derechos Humanos, una organización no gubernamental defensora de los DDHH. El sitio, al igual que otros, ha sufrido recientemente robos y serios ataques de vandalismo.¹¹⁵

112 Desde esta perspectiva, el TC no tiene competencia para declarar la inaplicabilidad ni menos inconstitucionalidad de un tratado (art. 93 N°6 y 7 CPR), pero sí otras facultades como control previo de constitucionalidad (art. 93 N°1 y 3 CPR).

113 Rol 8872 (3-2) con voto en contra de la ministra Silva y el ministro Pica.

114 Si bien los alegatos sobre el fondo se escucharon el 8 de septiembre de 2020, quedando en acuerdo el 30 de septiembre.

115 El Mostrador.cl: “Denuncian violento asalto a sitio de memoria Ex Clínica Santa Lucía, sede de la Comisión Chilena de DDHH”, 14 de marzo de 2020.

3.2.5.1 Cifras, tipos penales, y movimiento de causas en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema¹¹⁶

Según la misma información estadística oficial citada supra, sección 3.2.1, un total de 1.471 causas vigentes seguían en tramitación al 30 de junio de 2020, por crímenes relacionados con violaciones a los DDHH cometidas durante la dictadura. Las 1.471 causas, 83% de las cuales seguían en estado de sumario o plenario, representaban 3.102 victimizaciones.¹¹⁷ La labor realizada por ministras/os en visita en primera instancia durante el periodo, ha sido resumida arriba (sección 3.2): aquí nos enfocamos en datos estadísticos relacionados con la actuación de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

Al 30 de junio de 2020, el Poder Judicial reportaba que eran 61 los recursos en causas de DDHH vigentes ante Cortes de Apelaciones. Se concentraba la totalidad ante cuatro de las ocho Cortes donde se instruyen dichas investigaciones: Concepción (9 recursos), San Miguel (6 recursos), Santiago (45 recursos) y Valparaíso (1 recurso). Casi la mitad (48%) de los recursos apelaban contra sentencias finales y 75% de ellos contaban con un relator asignado. Ante la Corte Suprema, a igual fecha, se reportaban 111 recursos en trámite. Casi la mitad, 50 recursos, fueron recibidos en 2019. Si bien 30 fueron elevados en lo que va de 2020, 31 se arrastran desde 2018. Un 60% del total emana de la Corte de Apelaciones de Santiago, y la vasta mayoría tratan de casaciones en el fondo (56 de 111 recursos) o en fondo y forma (53 recursos). Solamente 18 de los 111 tenían un relator designado, al 30 de junio de 2020. El rango y diversidad de tipos penales apareciendo en las causas en casación es, como era de esperar, menor al que se asocia con las causas recientemente ingresadas y aún en trámite: son categorizables en una docena de subclases, en contraste con los 49 tipos o delitos enumerados en el universo de causas todavía vigentes en primera instancia.

3.2.5.2 La falta de aplicación de agravantes en la jurisprudencia chilena sobre crímenes de lesa humanidad

La preocupación por la baja cuantía de las penas aplicadas a condenados por crímenes de la dictadura militar en Chile ha sido expresada en ediciones anteriores del *Informe*. Cuando se aplican sanciones cuya leñidad no guarde proporción con la gravedad de los delitos, se vulneran las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar crímenes de lesa humanidad y, por ende, se puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Entre las diversas explicaciones de este fenómeno, se ha señalado la aplicación de prescripción gradual (art. 103 del

116 Esta sección, al igual que la sección 3.2, utiliza la información suministrada en, "Informe Consolidado: Estadísticas de Estado de Causas", op.cit.

117 La cifra no es asimilable a 3.102 víctimas, dado que una misma persona natural puede figurar múltiples veces en el conteo de hechos victimizantes.

Código Penal). Se concede este atenuante sin atender a que se trata de delitos imprescriptibles, conforme también se ha señalado en *Informes* anteriores. El problema es, sin embargo, multicausal, siendo otro factor importante la falta de imposición de agravantes.

Una investigación recientemente concluida¹¹⁸ demuestra que, entre 1993 y 2018 inclusive, en procesos por crímenes de la dictadura, las circunstancias agravantes que el Código Penal contempla, prácticamente no se han considerado. En efecto, de los más de 350 procesos firmes analizados, únicamente en ocho de ellos se aplicaron agravantes. En cuatro de aquellas oportunidades la agravante aplicada fue la de prevalerse del carácter público del culpable (artículo 12 N°8 CP). El estudio revela, además, que en casi el 70% de los procesos analizados ni siquiera se discutió la procedencia de agravantes. En apenas un 1,1% de esos procesos se consideró el carácter de funcionario público de los perpetradores. Este 1,1% además no incluye ningún proceso en que se haya condenado a agentes de la DINA o de otro servicio de inteligencia, a pesar de ser estos los casos donde resulta más evidente el uso de los medios estatales para permitir la comisión de crímenes, facilitarlos, o asegurar la impunidad. Esto resulta especialmente grave considerando que el ser funcionario no forma parte de los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de homicidio y secuestro del Código Penal, por cuanto no hay razones atendibles para excluir la aplicación de agravantes. Sin embargo, no están siendo consideradas, lo cual incide en la falta de proporcionalidad en sentencias finales.

3.2.6 Argumentos aducidos en demandas civiles: prescripción, sobreseimiento por fallecimiento, excepción de pago, excepción de preterición, cosa juzgada

El presente *Informe*, a diferencia de algunos recientes, no incluye una sección específicamente dedicada a la situación y los derechos de las y los sobrevivientes. Pero sin duda, la situación de indefensión y abandono que impera no ha mejorado. Cada administración gubernamental estatal desde 1990 se ha negado tanto a crear una instancia específicamente dedicada a proteger, promover y cumplir dichos derechos, como a reconocer que nuevas instancias de infraestructura estatal en DDHH que se van creando (por ejemplo, la Subsecretaría de DDHH y el INDH) pueden y deben asumir este tema como parte de sus responsabilidades. Ante esta situación, las y los sobrevivientes se han

118 Francisco Bustos, "La circunstancia agravante del artículo 12 No 8 del Código Penal y su (in)aplicación en causas sobre crímenes contra el Derecho internacional. Un análisis de la jurisprudencia chilena (1993-2018)". Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, mención Derecho internacional. Prof. guía Dra. Claudia Cárdenas, Santiago, Universidad de Chile, 2019. Conclusiones.

movilizado, y han tenido que tomar por sí mismos, la participación y protagonismo que el mismo Estado debió garantizarles.

Entre los numerosos canales de reivindicación que han utilizado, se encuentra el uso de los Tribunales de Justicia para intentar concretar sus derechos a la reparación por vía judicial, añadiendo aristas civiles a causas penales, y/o generando demandas civiles en forma independiente, del mismo modo que han hecho las y los familiares de víctimas ausentes (personas ejecutadas o desaparecidas). Últimamente, los tribunales han empezado a responder de una manera más ajustada a los preceptos del derecho, tanto interno como internacional, que respaldan lo justo de estas demandas. Ello ha significado, primero, reconocer la inaplicabilidad de los plazos ordinarios de prescripción de la justicia civil, y segundo, subrayar la absoluta compatibilidad de la reparación por esta vía, con las medidas de reparación a la que pueden acceder algunas categorías de personas victimizadas, a través de programas administrativos (medidas de políticas públicas). Con relación al primero, se ha hecho hincapié en la extensibilidad de la imprescriptibilidad que el derecho internacional de los derechos humanos establece en materia penal, a materia civil.¹¹⁹ Con relación al segundo, se ha señalado claramente que el daño que se busca parcialmente resarcir a través de demandas civiles es de tipo moral, distinto en fin y especie a la finalidad de los programas administrativos que se han establecido –en forma parcial y poco coherente– en distintos momentos en el tiempo.

También los tribunales superiores han llegado a demostrar, a veces, una comprensión superior en cuanto a que la afectación que produce una grave violación o crimen de lesa humanidad es amplia y duradera, extendiéndose en ondas expansivas a todo el entorno afectivo de la persona violentada. Cuando hacen esto, se sintonizan mucho mejor con las definiciones internacionales imperantes del concepto de la victimización –definiciones que son amplias y abarcativas– que los programas y reglamentos administrativos que determinen, por ejemplo, que la viuda de un expreso político fallecido herede su pensión, mientras que un viudo, no (ver *Informe 2018*); o decretan que las reparaciones sean para padres e hijos, pero no para hermanas y hermanos.¹²⁰

Dos nuevas tendencias se han puesto de manifiesto en el período reciente con relación a las demandas civiles. Una de ellas, que afecta potencialmente a sobrevivientes y a familiares de víctimas ausentes por igual, es la continuidad que se le ha dado a causas penales, incluso ante

119 A modo de ejemplo, el texto de una demanda civil interpuesta el 10 de diciembre del 2018, en la causa actualmente caratulada con Rol 6.813-90 por la CA de Santiago, enumera un total de 117 fallos en que la CSJ ha reconocido la imprescriptibilidad de la acción civil, que procede de crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de la dictadura. Texto de demanda archivada con el Observatorio.

120 Ver, a continuación, caso “Barrio Franklin”.

el sobreseimiento definitivo, por fallecimiento, de la arista penal, para efectos de concluir la arista civil. La segunda dice relación con el trato que los tribunales, por una parte, y el CDE, por otra, extiende a sobrevivientes de violaciones graves a los DDHH, cometidas por agentes estatales, cuyos casos no están reconocidos por la comisión de la verdad respectiva. Nos detenemos aquí para explorar, de modo ilustrativo, los lineamientos principales de cada fenómeno.

El fallecimiento de algún agente relacionado con un crimen, antes de que sus responsabilidades penales específicas pueden llegar a determinarse o a hacerse efectivas, es un fenómeno cada vez más frecuente en la medida que el tiempo avanza. Pero en el periodo actual se ha empezado a hacer más notorio el impacto generado cuando la totalidad de las personas encausadas, procesadas y/o ya sentenciadas en determinadas causas, fallecen con gestiones legales aún pendientes. El impacto de ello en la determinación de verdades jurídicas y sociales, y su efecto sobre el (in)cumplimiento del derecho a la justicia, son explorados en la sección 3.3.5, a continuación (“impunidad biológica a nivel de causa”).

Aquí nos enfocamos en cómo algunos operadores de la justicia han entendido la necesidad de asegurar que la impunidad biológica del individuo no signifique, sin más, desatender otro aspecto de la responsabilidad institucional del Estado –hechor, impulsor y encubridor de los crímenes del terrorismo de Estado cometidos durante la dictadura-. En esta línea, el 3 de agosto de 2020, la Corte Suprema reconoció que si bien el “objetivo principal del juicio penal es conocer y juzgar una conducta que la ley considere penalmente ilícita”, aquello no excluía la consideración, en un solo juicio, tanto de la cuestión penal como del aspecto civil, cuando la ley así disponía.¹²¹ En lo particular, además, rechazó las pretensiones del (ahora fallecido) Ministro Pfeiffer de la Corte de Apelaciones de Santiago, y dos colegas de sala, quienes habían intentado, en junio del 2018, retrotraer a fojas cero una causa cuyo único condenado había fallecido, argumentando que la familia tendría que recurrir nuevamente a la justicia civil ordinaria, si querían hacer efectiva su derecho a reparación por vía jurídica.¹²² El demandante, argumentaba con éxito que la demanda civil en la causa había apuntado siempre contra el Estado, en su calidad de tercero responsable civilmente, y no contra el procesado en particular. La Corte Suprema reconoció que, siguiendo el principio de la extensión, “los querellantes han deducido sus demandas ante el tribunal competente, persiguiendo la responsabilidad civil del Estado por hechos cometidos por un agente del mismo”, y que su actuar

121 Corte Suprema, Rol 16.908-2018, 3 de agosto de 2020, considerando 4º.

122 CA Santiago, Rol 592-2017, 25 de junio de 2018, esp. considerando 6º.

sintonizaba tanto con el Código Penal, como con el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de Tribunales.¹²³

Con este y otros fallos similares, los tribunales superiores le hacen honra a la esencia multidimensional de la justicia transicional, al reconocer, implícita o explícitamente, que la labor de los tribunales trasciende en estas materias, una interpretación estrecha de la justicia como solamente compuesta de retributivismo penal para con individuos infractores de normas sociales. Más bien se le reconoce a la justicia, además de la dimensión civil que le es inherente, su rol como productora o aval de importantes verdades sociales –en este caso, el hecho de que haya sido, efectivamente, el Estado mismo el responsable del crimen cuyos efectos había que procurar, parcialmente, reparar. Asimismo, se reconoce que a la justicia le compete otorgar una cuota de reparación que no solamente es pecuniaria, sino simbólica y sobre todo moral. La Sala Penal de la Corte Suprema, en particular, se ha ocupado en la fundamentación de sus fallos recientes en la materia, de explicitar las fuentes del deber de reparación en el ordenamiento interno e internacional, el carácter moral del daño que se busca resarcir, y la improcedencia de asimilar esta indemnización a medidas administrativas. En un fallo bastante representativo, dictado el 22 de junio del 2020, se observa, por ejemplo:

“Que, en suma, pesando sobre el Estado la obligación de reparar a los familiares de la víctima, consagrado por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento. No sólo por lo ya expresado sino porque este deber del Estado también encuentra su consagración en el derecho interno” “En efecto, el sistema de responsabilidad del Estado deriva además del artículo 3° de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común y que, uno de los principios a que debe sujetar su acción, es el de responsabilidad. Consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que ‘el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado’. Así, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado, autores de los injustos de lesa humanidad en que se funda la presente acción, debe ser indemnizado por el Estado”.

123 Corte Suprema, Rol 16.908-2018, 3 de agosto de 2020, considerando 7°.

Según el máximo tribunal: “(...) resulta importante traer a colación que el proceso de codificación en el país, es temporalmente anterior a los sucesos que motivaron el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya sea a través de tratados internacionales, resoluciones y demás fuentes internacionales, de modo tal que, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad civil derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer [solamente] con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy es improcedente”. [...]

“Ello –continúa–, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, en particular, un renovado sistema de protección de los derechos que cuenta con postulados diversos y, a veces, en pugna, con los del derecho privado, regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse. Esta rama emergente, representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, plasmada en la orientación del Derecho Internacional hacia la defensa de los derechos humanos y el castigo de sus transgresiones por agentes del Estado, mediante la comisión de ilícitos de lesa humanidad, ha de primar por sobre la preceptiva anterior, surgida en un contexto que desconocía tal línea evolutiva. Así las cosas, no cabe aceptar la alegación del Estado de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación de conformidad a la Ley N°19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho nacional”. [...]

“La normativa invocada por el Estado de Chile -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen; por el contrario, declara expresamente compatibles tales prestaciones en su artículo 24, al prescribir que ‘La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario. Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes’. Visto desde otro punto de vista, no es procedente suponer que dicha ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación y,

que las asuma el Estado voluntariamente no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley. Así ha sostenido previamente esta Corte”.¹²⁴

Otra causa resuelta en el período en relación a un crimen que lamentablemente quedará impune en materia penal, es la de la sobreviviente Adriana Bruna, a favor de quien la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó un monto indemnizatorio por las torturas sufridas a manos de Aníbal Schaffhauser, fallecido el 4 de noviembre de 2019 antes de que se pudieran hacer efectivas las condenas ya impuestas en su contra, en esta causa, y en otras similares.¹²⁵ El caso de Adriana comparte, además, la segunda característica que es de interés subrayar en esta sección: la de ser una causa iniciada por un/a sobreviviente no consignada como tal, en ninguno de los Informes emitidos por las dos iteraciones de la comisión de la verdad popularmente conocida como la “Comisión Valech”. El trato extendido por los tribunales a demandantes sobrevivientes quienes no aparecen individualizados en las mencionadas nóminas –que denominamos sobrevivientes no-reconocidos– es aún disparate. El principal obstáculo que hasta el momento se ha producido, es la actitud manifiestamente contradictoria y aparentemente mal informada del CDE en la materia.

El CDE, en representación del Fisco, aparece en casi la totalidad de las demandas civiles que se conozcan, abogando infaliblemente por el no-reconocimiento o la no-satisfacción del derecho a reparación por vía judicial; trátase de familiares de víctimas “reconocidas”; sobrevivientes reconocidos, o sobrevivientes no-reconocidos. Con relación a las dos primeras categorías de persona, argumenta la “excepción de pago”, es decir, insiste que las medidas administrativas ya dispuestas son suficientes e incluso generosas. Con relación a la segunda categoría, ha insistido últimamente en “hacer presente” ante el tribunal, la situación de no-reconocimiento del o de la demandante. Si bien el CDE no ha llegado aún a pronunciar, abierta y explícitamente, que sin calificación no valga demanda civil, esto es, claramente, la lectura que busca que se infiera. Aquí se cae en una evidente contradicción, bordeando el cinismo, al declarar que las únicas personas habilitadas para demandar –a juicio del CDE– no

124 Corte Suprema, Rol 39.905-2018, 22 de junio de 2020. El fallo anterior que cita es Corte Suprema Rol N°20.288-14, del 13 de abril de 2015, si bien hay múltiples otros ejemplos parecidos, como consta en las secciones E de los Boletines del período producido por el Observatorio de Justicia Transicional de la UDP (Boletines 54 a 59, inclusive, disponibles en www.derechoshumanos.udp.cl, sección Observatorio Justicia Transicional).

125 CA Valparaíso, Rol 1805-2019, 4 de diciembre de 2019. No hubo casación, por cuanto el resultado debe de quedar firme, siendo exigible.

“necesitan” ni “merecen” más reparación; mientras que quienes no han sido reparadas por vía administrativa –por encontrarse excluidas de las listas– estarían, por la misma razón, impedidas de ejercer sus derechos.

La falacia central acá recae en la falta de comprensión de que las nóminas individualizadas de las Comisiones de la Verdad están lejos de constituir un catálogo exhaustivo o excluyente de todos los crímenes de lesa humanidad u otras violaciones y vulneraciones graves de DDHH, cometidos a lo largo de diecisiete años de dictadura. Tampoco existe base alguna para insistir en que el haber accedido a dar testimonio ante ellas, viéndose además “validado” dicho testimonio en los estrechos términos del mandato y los requisitos que se hayan tenido a bien imponer, se transforme *ex post* en un requisito insoslayable para que quienes sufrieron los mencionados abusos, afirmen y hagan uso de los derechos que les corresponde. Tampoco se puede o se debe, permitir que una comisión administrativa, tenga o no carácter cuasi jurídico, usurpe la facultad privativa que le corresponde a la justicia, de establecer los hechos relevantes según los procedimientos, reglas y estándares de prueba vigentes. Las Comisiones de la Verdad en general, en Chile y en el mundo entero, son instancias administrativas *sui generis*, creadas en forma *ad hoc*, en momentos históricos y políticos determinados. Su estatus cuasi-jurídico o no, y si deben ser vistas como fuentes de verdades jurídicas, o simplemente como aportadoras de antecedentes, ha tenido que establecerse caso por caso, e instancia por instancia, incluso ante tribunales internacionales.¹²⁶

Similar respeto exagerado y parcial por decisiones administrativas cuya base normativa es en sí opaca y cuestionable, opera cuando el CDE aduce la “excepción de preterición”, alegando que los tribunales deberían aceptar y emular la arbitraria decisión tomada en diversos cuerpos de legislación nacional en materia de reparaciones administrativas (Ley 19.123 y similares), de excluir a hermanas y hermanos de víctimas ausentes, de algunas disposiciones establecidas para sus padres, hijas e hijos. Un ejemplo reciente ocurrió en el caso culminado por el fallo Corte Suprema, rol 16.908-2018, del 3 de agosto de 2020. En ese fallo la Corte Suprema ratifica un veredicto de primera instancia dictado por el ministro Mario Carroza, el 27 de diciembre de 2016 (rol 196-2011), en el caso “Barrio Franklin”, que se refiere a la ejecución extrajudicial de tres pobladores y la desaparición forzada de otro. En dicho veredicto, considerando noveno, se descartaron las pretensiones del CDE, organismo que argumentó la excepción por preterición legal de cuatro demandantes, hermanas y hermano,

126 Ver, al respecto, Alison Bissett, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, 2012.

respectivamente, de la víctima de desaparición forzada. A ojos del CDE, el hecho de que la Ley 19.123, de 1992, haya estimado conveniente excluir a las y los hermanas/os sobrevivientes, de las personas destinatarias del programa de reparación económica que establecía, debió bastar, casi tres décadas más tarde, para seguir desconociendo su derecho a reparación. Es motivo de satisfacción que tanto el ministro instructor como la Corte Suprema hayan desestimado el argumento del CDE.

En tanto, en tres ejemplos de demandas civiles involucrando demandantes no representados en las nóminas de las respectivas Comisiones de la Verdad, vistos dentro del periodo actual, el CDE ha cometido, además, una serie de errores básicos que ponen en tela de juicio los niveles de conocimiento empírico elemental que maneja respecto a las principales iniciativas en justicia transicional ya tomadas en Chile. En el primer caso, por ejemplo, el CDE alegó la “excepción de pago” respecto de una demandante no-reconocida por Valech (quien, por lo tanto, no recibe ni nunca ha recibido, el pago en cuestión).¹²⁷ En el segundo, reclamó que una persona sobreviviente no estuviera reconocida en “CNVR o CNRR” –es decir, en el Informe Rettig– en circunstancias de que ni siquiera se trata de la comisión correcta: las/os sobrevivientes nunca pudieron estar reconocidas o reconocidos por la Comisión Rettig, sino por la Comisión Valech.¹²⁸ En el tercer caso, el CDE hizo una alusión del todo incoherente a “las Comisiones Rettig o Valech de Verdad y Reconciliación” (sic), caracterizando de manera absolutamente imprecisa, el alcance y mandato de las mismas.¹²⁹ Dicha caracterización claramente jugaba en perjuicio del demandante, al insinuar que su no-inclusión en las nóminas respectivas, podría considerarse motivo para dudar de los hechos, disputar la calificación de los mismos como crimen de lesa humanidad, o denegar la responsabilidad que al Estado le cabía en ellos. En el caso particular, no cabe duda alguna sobre los hechos que motivan la demanda. Una investigación

127 Caso de Adriana Bruna, ya mencionada.

128 Caso de René Melo Lago, cuya demanda civil (sin arista penal acompañante) fue rechazada por la Corte Suprema, ratificando un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, al dar por no acreditado los hechos. Corte Suprema Rol 21.123.2020, 15 de julio de 2020.

129 La formulación usada por el CDE alegó que las dos comisiones fueron realizadas para que “precisamente las personas que se hubieran sentido afectadas por violencia política podían concurrir [...] para ser calificadas como víctimas de violencia, prisión política y tortura”. “Víctimas de violencia”, sin más, no caben en ninguna de las dos comisiones. Rettig solamente pudo calificar a casos de violencia política con resultado de muerte o desaparición. Valech, por su parte, tenía un mandato limitado a violencia de comprobado origen estatal y, además, deliberadamente excluía numerosas categorías de contexto en que se cometía tanto apresamiento por motivos políticos, como tratos claramente constitutivos de tortura, tales como detenciones irregulares de corta duración, arrestos masivos en el contexto de manifestaciones, etc.

penal realizada en la misma fecha los ha establecido con suficiente certeza incluso para imponer una condena contra el principal protagonista, hecho bastante poco frecuente en aquellos años. Se trata de un sujeto que disparó con una escopeta antidisturbios al demandante, sin más provocación que un simple altercado personal en la vía pública, en el marco de la campaña pública a favor del “No”. Su víctima, hospitalizada con riesgo vital durante meses, aún sufre secuelas. A pesar de que tanto el hechor como sus tres acompañantes eran, a la sazón, capitanes o tenientes del Ejército, la posición del CDE fue instrumental para que el 29º Juzgado Civil de Santiago haya desestimado la demanda por prescripción en noviembre de 2019, bajo el argumento de que los hechos –que reconoce– constituyen “solamente” un homicidio frustrado común, independiente de la calidad militar del hechor, ya que “no se relaciona con el desempeño profesional del funcionario, ni consta obedezca a una política estatal determinada”.¹³⁰

Este argumento, extremadamente retrógrado en comparación con fallos recientes de los tribunales superiores, transmite el peligroso mensaje de que una violación a los derechos humanos solo adquiere dicho carácter, si cada hecho potencialmente constitutivo de ello es explícitamente ideado, contemplado y ordenado de antemano; y que el uniformado que reprime en su tiempo libre lo hace como un ciudadano común y corriente. Ese razonamiento desconoce tanto los medios como la impunidad para cometer actos de violencia de los que dispone, precisamente, por su carácter de agente de un ente represor; en un contexto de indefensión en que las y los demás se hallan frente a un actor armado y amparado por el mismo Estado encargado de hacer valer la ley. Esta actitud constituye, además, un claro incentivo hacia la tercerización de la represión, “privatizando” el actuar extra legal de funcionarios, como si quien delinquiera indefectiblemente lo hace desprendiéndose de su condición de agente estatal, es decir *a motu proprio* y sin generar responsabilidad institucional alguna. Las peligrosas implicancias de esta actitud, en los tiempos que corren, son claras, si consideramos que aún está pendiente el establecimiento de responsabilidades institucionales y penales por múltiples actos de violencia extrema contra manifestantes por parte de efectivos policiales en 2019 y lo que va del 2020. En el caso particular, el veredicto de primera instancia fue refrendado, sin más, por una escueta confirmación de la Corte de Apelaciones de Santiago, a principios de julio de 2020.¹³¹ La etapa de casación seguía pendiente a la fecha de cierre de edición.

Un último aspecto que se debe poner en relieve en materia civil –y en el que los tribunales superiores no han hallado aún la fórmula

130 Rol C-37028-2018, 11 de noviembre de 2019.

131 CA Santiago, Rol 15633-2019, 3 de julio de 2020.

para garantizar, de manera pareja, los derechos a reparación por vía indemnizatoria— dice relación con el cambio de criterio sobre la imprescriptibilidad, comentado en *Informes* anteriores. Esto es relevante, también, para las representaciones que las familias Rivera Matus y Godoy Román han hecho ante el SIDH (ver, también, supra, sección 3.1). Como allí se detalla, a principios de 2020 se llegó a un acuerdo de solución amistosa, relativo a una petición de la familia de Juan Luis Rivera Matus, alegando la falta de reparación civil. El fallo doméstico que motivó la petición fue, como se ha visto, la denegación de una demanda civil interpuesta por la familia, por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, argumentando que la acción se hallaría prescrita. El acuerdo alcanzado en 2020, al igual que una sentencia de fines de 2018 de la Corte IDH, en el *caso Órdenes Guerra*, reconoce y valora un cambio de criterio de la Corte Suprema, ocurrido con posterioridad a los hechos objetados en ambas peticiones.¹³² No obstante, y como hemos visto en la sección 3.1, la oportunidad de rectificación —ofrecida cuando la familia Godoy Román interpuso, por segunda vez, una demanda civil por desaparición forzada— fue desaprovechada. Conforme también se reporta arriba, la familia Godoy Román ya ha sometido la situación nuevamente al conocimiento de la CIDH.

3.2.7 Causas con dimensión internacional

El 7 de octubre de 2019, la Sala Penal del máximo tribunal declaró procedente solicitar a Italia la extradición de Walther Klug Rivera, fugado de la justicia, condenado en Chile por violaciones, homicidios y secuestro de 23 personas. Además de las disposiciones universales aplicables a crímenes de semejante gravedad, la solicitud se encuentra respaldada en la existencia de un tratado bilateral en materia de extradición, entre Italia y Chile.

3.3 Agentes (victimarios)

3.3.1 Presos: números, lugares y condiciones de reclusión

Sigue sin resolverse el acceso a una fuente confiable, única, oficial y pública que dé cuenta de la situación de cumplimiento efectivo de las penas impuestas a perpetradores de crímenes de lesa humanidad en el país. En algo más de una década de funcionamiento del

¹³² El cambio de criterio fue producto no de un cambio de parecer de la Sala, sino de un acuerdo, a finales del 2014, trasladando la vista de futuras casaciones en la materia a la Sala Penal, en vez de la Sala Constitucional. El impulso del acuerdo es ampliamente atribuido, por fuentes cercanas, al ministro Sergio Muñoz, a la sazón presidente de la Corte Suprema, y quien siempre ha manifestado una especial preocupación por el avance de causas en materia de DDHH de tiempos de dictadura.

Observatorio, hemos experimentado posiciones encontradas, contradictorias, y vacilantes entre un organismo u oficina estatal y otro; e incluso dentro de un mismo organismo u oficina en el tiempo. Si bien fuentes dentro y fuera del Poder Judicial han expresado su percepción de que el cumplimiento de penas es un asunto apto para conocimiento y monitoreo público (ver *inter alia*, Informe 2019), una sentencia reciente de la Corte Suprema, aparentemente respaldando el derecho al anonimato de internos de Punta Peuco, parece poner en entredicho esas percepciones (ver sección 2.2.2). Difícilmente se puede tener confianza en los resultados del proceso de justicia, y/o monitorear como corresponde desde la sociedad civil la correcta concesión de beneficios intra penitenciarios, reducciones de sentencia, indultos presidenciales y similares, sin información fidedigna, publicada de manera periódica y consistente en el tiempo.

El 10 de enero de 2020, se ordenó el ingreso a la cárcel de Colina 1 del ex agente de la DINA, Ricardo Lawrence Mires, prófugo de la justicia desde 2015. El exagente de la DINA, y coronel en retiro de Carabineros, se encuentra condenado en diversas causas por crímenes de lesa humanidad, entre ellas, por la desaparición de Alfonso Chanfreau. En la resolución emitida en enero, se dispuso su ingreso para iniciar una pena de 10 años y un día por el secuestro calificado de Miguel Acuña Castillo, detenido-desaparecido en el marco de la denominada “Operación Colombo”. Estando bajo custodia, Lawrence Mires fue además formalmente notificado de otras condenas por su participación en la desaparición, ejecución y/o tortura de más de 100 personas, muchas de ellas en el centro de detención clandestina de Villa Grimaldi. Ricardo Lawrence era uno de los prófugos más buscados por la PDI hasta que se entregó, a principios de enero de 2020, por razones desconocidas.

El 17 de junio de 2020, se informó que el ministro Mario Carroza dispuso el traslado a los hospitales institucionales de las Fuerzas Armadas de ocho internos del penal de Colina 1. Tres de ellos habían recibido un diagnóstico de Covid-19, y los otros cinco habrían presentado señales de un posible contagio. El magistrado ofició, asimismo, a los alcaides de Punta Peuco y del Centro de Cumplimiento Penitenciario Femenino Buen Pastor para que interno/as presos por crímenes de lesa humanidad eventualmente sospechosos/as de ser Covid-19 positivo sean trasladados a los hospitales de las FFAA, en vez de ser derivados, como ocurriría usualmente, a los hospitales penitenciarios supervisados por Gendarmería.

3.3.2 Sentencias condenatorias

Cuadro 3: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparados entre diez periodos del Informe.

	Julio 2010 – junio 2011	Julio 2011 – junio 2012	Julio 2012 – junio 2013	Julio 2013 – junio 2014	Julio 2014 – junio 2015	Julio 2015 – junio 2016	Julio 2016 – junio 2017	Julio 2017 – junio 2018	Julio 2018 – junio 2019	Julio 2019 – junio 2020
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema.	23	18	4	12*	44**	58°	55°	37°	44°	47±
Total de aplicaciones de sobreseimientos por fallecimiento.										19
Total de sobreseimientos de causa por fallecimiento del único condenado.+						1				1
Total de absoluciones	12	12	0	10	26	10	44	4	154	196
Total de condenas	84	49	11	49	159	122	212	102	128	125
- Número de estas condenas imponiendo pena privativa de libertad.	34	13	5	18	132	81	179	67	113	107
- Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo.	50	36	6	31	27	41	33	35	15	18
Total de agentes involucrados en estos procesos.	64	48	11	53	103	98	155	78	---	144

- Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa.	52	40	11	43	73	88	127	68	77	81 ^f
- Número de estos agentes sobreseídos por fallecimiento al fin del periodo.										14 [§]

- * Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- ** Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- ° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- x Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles
- ± 15 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- + A veces se sigue, de todos modos, la arista civil de la causa, pero en este ejemplo particular, no hubo.
- Dato bajo revisión
- ^f Por primera vez en la década (con la posible excepción de 2018-9) el número de individuos recibiendo una o más absoluciones (82) excede el número recibiendo una o más condenas (81). Los solamente condenados fueron 55; los solamente absueltos, 56. En tanto, 26 personas recibieron una combinación de condenas y absoluciones, en diferentes causas.
- [§] Siete de ellos también recibieron absoluciones durante el periodo. Uno de los siete recibió, además, una condena.

Se confirmó, durante el periodo, una de las relativamente escasas penas de privación de libertad contra una agente mujer. Se trata de la exagente de la DINA, María Gabriela Órdenes Montecinos, condenada a cinco años y un día por su parte en la desaparición, desde Villa Grimaldi, de Luis Humberto Piñones Vega, militante del MIR. Otros dos exagentes fueron condenados en la misma causa.¹³³

3.3.3 Indultos sanitarios, médicos y presidenciales

Durante el periodo, se discutieron tres tipos de indulto. El primero, un proyecto de ley motivado por la situación sanitaria produjo la ex-carcelación de diversas clases de personas internadas. El segundo, un proyecto de ley que lleva bastante tiempo en trámite, propone conmutar penas a prisión domiciliaria para presos afectados por determinadas situaciones de salud y/o edad avanzada. El tercero, el indulto presidencial fue invocado durante el período para liberar a tres criminales de lesa humanidad.

El “indulto COVID-19”, concretado el 17 de abril de 2020, tuvo sus orígenes en un proyecto de ley presentado en marzo, a raíz de la pandemia de coronavirus, para conceder indultos conmutativos (sustitución

133 Corte Suprema, Rol 8.398-2018, 12 de marzo de 2020.

de penas de reclusión por arresto domiciliario) a algunos adultos mayores, mujeres embarazadas, y madres de niños y niñas menores de dos años que residan en unidades penales. Este tipo de indulto no borra la ofensa ni la sentencia, sino que permite a la persona cumplir el resto de su sentencia, con supervisión, fuera de un recinto carcelario. El proyecto, Boletín 13358-070, excluía de la conmutación a responsables de crímenes graves, entre ellos, condenados en causas de DDHH. El 31 de marzo, senadores de derecha recurrieron al TC con un requerimiento de inconstitucionalidad que buscaba, básicamente, asegurar que perpetradores de crímenes de lesa humanidad podrían ser beneficiados. El TC convocó audiencias públicas sobre el tema antes de fallar. El mismo día de la vista del requerimiento, diputados de derecha intentaron presentar un segundo requerimiento (posteriormente retirado). El efecto de ambos requerimientos fue la dilación innecesaria de un proyecto cuya urgencia, fundada en las necesidades de la pandemia, era sumamente evidente. Finalmente, el TC rechazó por mayoría (7-3) el requerimiento de los senadores, y la Ley 21.228 fue publicada el 17 de abril, manteniendo las mencionadas exclusiones. En palabras de uno de los ministros que votó con la mayoría: “No deja de llamar la atención que el presente requerimiento sea presentado en un momento crítico de pandemia mortal a nivel mundial y nacional, lo que trae como consecuencia suspender durante días y eventualmente valiosas semanas la entrada en vigencia y ejecución de la ley de indulto, restando días necesarios para salvar vidas, en un ejercicio de litigación que se puede resumir en un ‘o sacan a los míos de la cárcel también o no sale nadie’, utilizando la pandemia y la demora del indulto de presos comunes como una herramienta de presión para que el Estado deje de sancionar efectivamente a los autores de graves violaciones de derechos humanos”.¹³⁴

El 22 de abril de 2020, la CIDH expresó su conformidad con la medida, a la vez que manifestó su preocupación por otra iniciativa legislativa, aún en vías de consideración, que busca facilitar el otorgamiento de prisión domiciliaria a otras clases de presos. En su declaración, la CIDH recuerda al Estado de Chile su deber de evitar que la obligación internacional de sancionar a los responsables de crímenes de tal gravedad se vuelva ilusoria debido a la aplicación de beneficios carcelarios que producen una impresión de impunidad. Al mismo tiempo, celebró la omisión de esa clase de presos de la recientemente promulgada Ley 21.228, observando que la exclusión concordaba con su Resolución sobre Pandemia y DDHH (Resolución N° 01-20), publicada el 10 de abril. En el párrafo 46 de la Resolución, referente a personas privadas de libertad, enfatiza la necesidad de aplicar “análisis y requisitos más

134 Tribunal Constitucional, Rol 8574-20 CPT, Previsiones del ministro Rodrigo Pica Flores, considerando 66.

exigentes” a solicitudes emanadas desde personas en posible situación de riesgo, cuando estas se encuentran condenas por violaciones graves a los DDHH o crímenes de lesa humanidad. Dicha necesidad procede de considerar el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y las obligaciones de los Estados de aplicar sanciones a estos crímenes. Cabe tener presente que la mencionada Ley no introdujo un beneficio intra penitenciario ordinario, sino una medida de salud pública de urgencia motivada por los riesgos de contagio. Dichos riesgos aumentan en presencia del hacinamiento, situación que no se presenta en las condiciones privilegiadas que rigen en Punta Peuco y en la sección especial de la Cárcel de Alta Seguridad Colina 1, en que están reclusos la gran mayoría de los criminales de lesa humanidad del país.

La declaración de la CIDH hizo referencia también al Proyecto de Ley Boletín 12.345-07, que busca regular la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias, y cuyos términos sí podrían alcanzar a criminales de lesa humanidad. La CIDH expresó su preocupación por los términos eventuales del proyecto, conocido como “[proyecto] ley de indulto humanitario”, cuya tramitación fue reactivada en el Senado el 8 de abril de 2020. Sus propuestas incluyen la excarcelación de presos con enfermedades terminales, y/o de internos mayores de 75 años que hayan cumplido más de la mitad de su sentencia (o más de 20 años, en el caso de condenados a presidio perpetuo). La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado rechazó la idea de legislar, derivando el proyecto a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el 13 de abril de 2020 (tres días antes de la promulgación de la Ley 21.228, el “indulto COVID-19” antes descrito).

En junio de 2020, el espacio de memorias Londres 38 publicó un informe con su análisis de los actuales contenidos del Boletín 12345-07, acusando que “constituye un intento más de perpetuar y acrecentar legalmente la impunidad existente en el país.”¹³⁵ El informe recopila observaciones hechas ante una sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en mayo de 2020, en la que participaron diversos organismos de DDHH de la sociedad civil. Las críticas formuladas por Londres 38 al proyecto se enfocaron en una cláusula que aumentaría el grado de obligatoriedad con que él o la sentenciador/a debe solicitar informes al SML, y otra que establecería al referido servicio como autoridad única lícitada para corroborar las situaciones de enfermedad o discapacidad que estarían afectando a quien pretenda beneficiarse. En ambos casos se cuestionó la viabilidad de dichos requisitos, dado que el SML ya se halla notoriamente incapaz

135 Introducción de “Informe de Londres 38 sobre proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias”, 9 de junio de 2020.

de dar abasto ante los numerosos requerimientos generados en causas de DDHH. Esta situación de sobrecarga también fue advertida por la Corte Suprema en su informe al mismo proyecto ley. Asimismo, se cuestionó cómo operarían los efectos de la conmutación ante eventuales condenas nuevas, impuestas con posterioridad a su concesión. Esto último es una posibilidad muy real en el contexto de causas DDHH, ya que muchos de los agentes actualmente presos enfrentan además múltiples procesamientos y/o condenas aún en vías de confirmación.

A principios de mayo se concedió un indulto presidencial a Demóstenes Cárdenas, quien cumplía 10 años y un día de cárcel por el secuestro calificado (desaparición forzada) del militante comunista Stalin Aguilera Peñaloza, crimen que formó parte de la “Operación Colombo”. El exagente de la DINA se encuentra internado en el Hospital de la Fuerza Aérea debido a un cáncer. La familia del exagente solicitó el indulto a causa de su condición de salud, argumento que fue acogido por el presidente Piñera atendiendo a “razones humanitarias”. El 31 de julio fueron concedidos, con marcado hermetismo, otros dos indultos presidenciales a favor de criminales de lesa humanidad: Raúl Rojas Nieto y Víctor Mattig Guzmán, ambos reclusos en Punta Peuco. La acción motivó una declaración pública de rechazo, firmada por casi cuarenta abogadas y abogados de DDHH, recordando al gobierno sus deberes en materia de verdad, justicia, y garantías de no repetición.

3.3.4 Agentes fallecidos

Debido a la misma falta y denegación de información ya mencionada, no hay datos oficiales sobre el número de agentes procesados, condenados y/o presos fallecidos durante el período. Además, por razones que se desconocen, el fallecimiento de un preso, ocurrido el 21 junio de 2020, fue anunciado sin dar cuenta del nombre del interno (el nombre fue recuperado de otras fuentes). El registro que se ofrece a continuación es, por tanto, parcial.

En agosto y octubre de 2019 fallecieron, condenados en primera instancia, dos agentes participantes en las matanzas, torturas y desapariciones perpetradas por la Caravana de la Muerte, episodio Valdivia. Se trata de Antonio Palomo y Guillermo Michelsen. Ninguno de ellos se encontraba preso ni, hasta donde se sabe, lo estuvieron alguna vez. Lo mismo sucede con Aníbal Schaffhauser, fallecido el 4 de noviembre de 2019, procesado o condenado en varios casos, pero no recluso (ver sección 3.3.5, a continuación). El 17 de junio, falleció en el Hospital Dipreca el excarabinero Félix Sagredo, condenado a 15 años por la masacre de los Hornos de Lonquén, quien estaba recluso en Colina 1 hasta ser hospitalizado. Llevaba varios meses en el hospital Dipreca, lugar donde, según su abogado, habría contraído coronavirus mientras estuvo internado. El 21 de junio, falleció en el hospital de la Fuerza

Aérea Juan Bautista González, preso desde fines de 2018 en Punta Peuco por su parte en detenciones ilegales, torturas y desapariciones al interior de la Academia de Guerra Aérea. Por algún motivo desconocido, Gendarmería omitió identificarlo, si bien la organización negacionista CREN, que defiende cerradamente criminales de lesa humanidad alegando que son “presos políticos”, anunció su nombre al día siguiente. A fines de julio de 2020 –por tanto, fuera del período estadístico estricto del actual *Informe*– murió Patricio Martínez, también internado en Punta Peuco, por su rol en la muerte y desaparición de 23 trabajadores en la causa “El Toro y El Abanico”.

3.3.5 Impunidad biológica a nivel de causa

El fallecimiento de agentes encausados, procesados, y/o condenados en alguna instancia, pero en libertad mientras sus condenas estén en vías de apelación o casación, ha sido denominado “impunidad biológica”, en atención a sus implicancias en imposibilitar la aplicación plena de la justicia penal a perpetradores en forma individual. Quedan potencialmente truncados, en consecuencia, no solamente el cumplimiento pleno del derecho/deber de la justicia, sino, además, los aportes que para la justicia penal significan el establecimiento de la verdad y/o la reparación, sea económica o simbólica, a víctimas y sobrevivientes. En forma creciente, en la medida que pasa el tiempo, estos fallecimientos no solamente afectan a un individuo dentro de una determinada causa, sino a la totalidad de los procesados o condenados en ella. En estos casos, el efecto negativo es particularmente grave, ya que la totalidad del crimen queda sin resolución o castigo. Este fenómeno, que podemos denominar “impunidad biológica a nivel de causa”, se ha hecho visible durante el período de este *Informe*. Por este motivo, en el presente capítulo ofrecemos por primera vez una descripción y análisis de este fenómeno, relevando tres causas en que hemos observado esta nueva faceta de la impunidad.¹³⁶ Es especialmente preocupante que, en dos de los cuatro procesos judiciales, la Corte de Apelaciones respectiva haya anulado la demanda civil asociada, no obstante la Corte Suprema intervino para restaurar esta vía de satisfacción del derecho a reparación. Es un fenómeno que persistirá e irá en aumento, en la medida que siguen abiertas y pendientes causas que llevan ya décadas en tramitación y a la espera de una resolución definitiva.

El primer caso de impunidad biológica a nivel de causa, que hasta la fecha hemos detectado, ocurrió en 2016, luego de la muerte de Marcelo Moren Brito, notorio agente de la DINA y el único condenado en

¹³⁶ Haremos seguimiento al tema e invitamos a quienes estén en conocimiento de otros antecedentes históricos similares, a contactar al Observatorio de Justicia Transicional para ayudar a reconstruir el registro completo del fenómeno.

la causa de la desaparición de Isidro Arias Matamala, trompetista de la Orquesta Filarmónica de Santiago y militante del MIR, conocido como “Ciro”. Moren Brito falleció el 11 de septiembre de 2015, en el Hospital Militar. A la fecha de su deceso estaba recluido en Punta Peuco, con más de 300 años de condenas a firme dictadas en su contra, pero su condena por la desaparición de Isidro aún estaba pendiente de confirmación. El 6 de enero de 2016, la Corte de Santiago decretó el sobreseimiento definitivo parcial de la investigación por la desaparición de Isidro. En la arista civil de la causa, tuvo que confirmar el derecho de un hermano a demandar civilmente –cosa que había sido impugnada por el CDE (ver sección 3.2.7, discusión de “excepción de preterición”)– para confirmar el otorgamiento de indemnización hecho en primera instancia.¹³⁷ La Corte Suprema ratificó el fallo de la Corte de Santiago.¹³⁸ Es particularmente grave que una causa que investiga desaparición quede truncada de esta manera, mientras persiste la situación actual en que la vía judicial es el único modelo de búsqueda de personas desaparecidas vigente en el país. La desaparición de Isidro no solamente queda impune, sino también sin búsqueda activa, toda vez que con el cierre definitivo de la causa ya no hay un/a magistrado/a encargado/a de esclarecer su destino final o su ubicación actual.

El segundo caso identificado ya ha sido mencionado (supra, sección 3.2.2), siendo que el ministro Raúl Mera figura en ello como parte de la Sala que rebajó la condena al único de los dos perpetradores, que alcanzó a recibir sentencia. Se trata del asesinato de Jean Rojas, ejecutado político. El procesado Jaime Bachler falleció antes de la sentencia de primera instancia, dictada en 2017. Quedaba Aníbal Schaffhauser como el único condenado. Su sentencia inicial de 15 años y un día fue reducida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso a 10 años y un día, el 20 de julio de 2018.¹³⁹ Falleció el 4 de noviembre de 2019, por tanto, la causa fue sobreseída definitivamente, decisión ratificada por la Corte Suprema en diciembre.¹⁴⁰ Como no aparece mención de una arista civil en ninguna de las sentencias, un homicidio cuya investigación tardía logró dar con dos perpetradores identificados, terminó sin ningún resultado concreto discernible.

El tercer ejemplo de impunidad biológica a nivel de causa es uno de los dos en que se corrió el peligro de afectar el derecho a reparación por vía de indemnización civil. Involucra, como único procesado, al excarabinero Benjamín Videla Muñoz, en la muerte de tres pobladores y la desaparición de otro más (caso “Barrio Franklin”). Videla murió

137 CA Santiago, Rol 767-2015, 6 de enero de 2016.

138 Corte Suprema, Rol 15.928-16, 29 de marzo de 2016.

139 CA Valparaíso, Rol 364-2018, 20 de julio de 2018.

140 Corte Suprema, Rol 20.444-18, 27 de diciembre de 2019.

el 1 de junio de 2016, antes de ser notificado de su procesamiento. En consecuencia, se sobreseyó parcialmente la causa (en el aspecto penal), resolviendo la arista civil en favor de las y los familiares. Dos años más tarde, debido a la oposición del CDE al pago de lo otorgado, el caso fue visto por la Corte de Apelaciones de Santiago. Una sala presidida por el ministro Pfeiffer produjo un fallo *sui generis*, aseverando que con la muerte de Videla debería anularse todo lo obrado en el proceso, incluida la sentencia definitiva de primera instancia, y retrotraer la causa al estado de que la Corte se pronuncie únicamente respecto del sobreseimiento definitivo dictado. Según el fallo, aquel hecho no significaría una denegación total del derecho de las familias a proseguir su derecho a reparación por vía judicial, ya que podrían partir de nuevo, planteando su demanda, esta vez ante un tribunal civil ordinario.¹⁴¹ La lógica peculiar continúa, aseverando que de otro modo —es decir, al ratificar la indemnización (que es la arista exclusivamente civil del asunto)— Videla sería “penalmente condenado sin haber tenido la posibilidad de defenderse”.¹⁴² Afortunadamente, la Corte Suprema acogió los argumentos de la parte demandante al reconocer que la demanda civil siempre había sido dirigida no contra el difunto agente como individuo sino contra el fisco, tercero civilmente responsable de sus crímenes. Reconoció, asimismo, que una causa cuya arista penal queda truncada de esta manera no tiene por qué ser abandonada en su arista civil: si bien “(el) objetivo principal del juicio penal es conocer y juzgar una conducta que la ley considere penalmente ilícita”, aquello no impide considerar, en un solo juicio, el aspecto civil y la cuestión penal cuando la ley así dispone.¹⁴³

En el cuarto caso detectado, en agosto de 2020, la Corte Suprema ratificó que es lícito otorgar indemnización por daños morales causados por agentes del Estado, aun cuando, como en este caso, el único agente específicamente responsabilizado penalmente en la causa en cuestión fue absuelto, en segunda instancia, antes de su fallecimiento. Se trata nuevamente del agente Aníbal Schaffhauser, condenado en dos instancias por el asesinato de Jean Rojas antes de su fallecimiento en noviembre de 2019. Esta segunda causa fue por el secuestro y tortura de dos entonces menores de edad, apresados en su propio domicilio durante un período de semanas posterior a la detención ilegal de su padre. La condena de nueve años impuesta contra Schaffhauser en primera instancia fue revertida por una sala de la Corte de Valparaíso. El fallo, redactado por el ministro Raúl Mera, pone en duda que el estar apresado en el propio domicilio por agentes armados sea constitutivo

141 CA Santiago, Rol 592-2017, 25 de junio 2018, considerando 6°.

142 *Ibid.*, considerando 5°.

143 Corte Suprema, Rol 16.908-2018, 3 de agosto de 2020, considerando 4°.

de “secuestro”. Llega incluso a insinuar que el hecho de que los niños fueron obligados, escoltados por Carabineros armados, a salir en varias oportunidades a la escuela, y en otras, a presenciar interrogatorios a su madre, pone en duda que estuviesen efectivamente privados de libertad.¹⁴⁴ En base a este y otros cuestionamientos, absuelve al condenado, para luego afirmar que “no habiéndose arribado a condena penal, no puede accederse a la demanda civil intentada contra el Fisco, puesto que ésta se sustenta en la existencia del delito pero también en la participación en él, en calidad de autor, de una específica persona que era agente del Estado a la fecha del suceso.”¹⁴⁵ Su argumento claramente se contradice con lo aseverado unos días antes por la Corte de Santiago, en el caso “Barrio Franklin”, cuando recomienda a las familias iniciar una nueva demanda civil en un caso cuyo responsable directo se encuentra fallecido. El fallo de la Corte de Valparaíso deja entrever, asimismo, una lógica privatizante y atomizante que aún pretende desconocer o desestimar la culpabilidad institucional y colectiva del Estado por hechos que planificó, ordenó y autorizó. Nuevamente, la Corte Suprema restauró las pretensiones de reparación por vía judicial, rechazando los argumentos redactados por el Ministro Mera, sin embargo, por el más estrecho margen posible (3-2).¹⁴⁶

3.4 Actores e instituciones claves en justicia transicional

La nueva Unidad de Derechos Humanos del SML, a un año de su puesta en marcha, presentó su primer Informe Anual, el 10 de diciembre de 2019, día Internacional de los Derechos Humanos. Se constituyó la Unidad en enero 2019 para consolidar múltiples actividades relevantes dentro de la institución, referentes a identificación forense y a políticas públicas en derechos humanos e igualdad de género. De esta manera, se busca dotar al SML de una institucionalidad acorde a las exigencias nacionales e internacionales, en el marco de sus atribuciones como organismo auxiliar de la Justicia, y en conformidad con el Plan Nacional de Derechos Humanos de la nación. La nueva Unidad es una instancia continuadora de la Unidad Especial de Identificación Forense, que aborda trabajos relacionados con el período de la dictadura, incorporándole ahora trabajos temáticos en niñez y adolescencia, mujeres, tortura, y trata de personas. Entre los hitos de 2019 estuvo

144 CA Valparaíso, Rol 260-2017, 20 de julio de 2018, teniéndose presente 7°.

145 CA Valparaíso, Rol 260-2017, op.cit. teniéndose presente 12°.

146 Corte Suprema, Rol 20.631-2018, 18 de agosto de 2020. Los ministros Brito, Llanos y Dahm votaron por casar de oficio el fallo del tribunal inferior, en lo que respecta la resolución civil. Los ministros Künsemüller y Valderrama emitieron un voto minoritario disidente. En lo penal, se ratificó lo obrado por la Corte de Apelaciones, por razones esencialmente de forma (señalando que los argumentos aducidos en el recurso de casación carecían de la fundamentación que este tipo de recurso requiere). Op. cit., considerando 8° a 10°.

la participación de la encargada de la Unidad, en la presentación del Estado de Chile ante el Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas, en Ginebra, Suiza. Asimismo, se entregaron, en dicho país, 369 muestras sanguíneas que dicen relación con casos de graves violaciones de los DDHH cometidas en tiempos de dictadura, la mayor parte de ellas donadas por familiares de personas detenidas desaparecidas. Las muestras se entregaron a la custodia del Comité Internacional de la Cruz Roja, un procedimiento que forma parte de los acuerdos establecidos con agrupaciones de familiares y expertos internacionales, después de 2006, para abordar y enmendar errores históricos en identificaciones relacionadas con el caso Patio 29.

En su tercer Informe de Gestión, publicado en septiembre del 2020, la Unidad da cuenta del detalle histórico acumulado de su trabajo de toma de muestras, junto con describir sus actividades en terreno, laboratorio, preparación de informes de peritaje, y promoción y protección de los DDHH, en relación a crímenes de tiempos de dictadura, casos criminales complejos de tiempos recientes, y desastres nacionales.¹⁴⁷ Se reporta que, desde 2007 (fecha de formación del Programa antecesor de la actual Unidad), se han acumulado 5.761 muestras sanguíneas y otras 1.933 muestras óseas o dentales, tomadas de personas familiares de víctimas calificadas por el Estado, incluyendo 180 muestras póstumas. Las muestras fueron tomadas en una docena de países, concentrándose en Suecia y Francia –lugares de destino para el exilio forzado durante la dictadura– la mayor parte de las muestras tomadas en el extranjero, seguidos por Argentina y Uruguay. En lo que va de 2020, por primera vez desde 2007, no se registra ninguna muestra tomada fuera del país, si bien un total de 27 muestras óseas o dentales de referencia tomadas en Chile fueron enviadas a laboratorios externos para ser procesadas.

En materia de identificación, se reporta un total de 174 identificaciones realizadas en Chile desde 2007, con técnicas de ADN nuclear, de personas actualmente reconocidas (“calificadas”) por las Comisiones de la Verdad chilenas como víctimas de desaparición o ejecución. Si se suman identificaciones realizadas en el periodo pre-2007, con otras técnicas, más cuatro víctimas calificadas en Chile, pero identificadas en Argentina, se llega a un total de 309 individuos calificados por las comisiones chilenas, sobre quienes se ha realizado una identificación. No obstante, la falta de desglose en los datos pre-2007 impide calcular con exactitud qué proporción de los mencionados individuos son personas originalmente calificadas como detenidos-desaparecidos. En tanto, las 174 identificaciones realizadas en Chile desde 2007, se distribuyen entre 123 personas inicialmente calificadas como detenidos-desaparecidos, y 51 inicialmente calificadas como ejecutados políticos

147 Unidad de Derechos Humanos del SML, Informe de Gestión No. 3, op.cit.

“sin entrega de restos”. 170 de esas personas eran de nacionalidad chilena; mientras que tres de ellas tenían doble nacionalidad (chileno-argentina, franco-chilena, y rumano-uruguaya), siendo una de ellas un nacional checoslovaco. El detalle de las causas judiciales o episodios represivos en el marco de los cuales fueron realizadas las identificaciones se reproduce en la página web del SML. Allí se puede apreciar que la cifra más numerosa corresponde a personas asociadas con el Patio 29 del Cementerio General de Santiago.¹⁴⁸

4. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

La sección introductoria del presente *Informe* hace referencia a las garantías de no repetición, cuarto pilar de la justicia transicional, a la luz del *estallido social* de 2019 y las violaciones cometidas en la respuesta represiva a esa crisis. Aquí complementamos con algunas consideraciones sobre el INDH, en atención a que, junto con la Subsecretaría de DDHH, constituye uno de los componentes de la infraestructura estatal post-dictatorial cuyo trabajo está más directamente relacionado con los deberes del Estado en este ámbito. Se recomienda al lector o lectora el capítulo titulado “el INDH y el *estallido social*” del presente *Informe*, donde el tema es tratado en forma extensiva.

A fines de julio de 2019, el Consejo del INDH eligió director, por el periodo 2019-2022, a Sergio Micco. El nombramiento ha dado lugar a diversas controversias a lo largo del periodo. Estas incluyeron polémicas ocasionadas por sus dichos poniendo en duda el carácter sistemático de las violaciones a los DDHH ocurridas durante el *estallido social* de octubre de 2019 (sin negar que se trata de las violaciones “más graves” vistas desde los tiempos de la dictadura).¹⁴⁹ También opinó, en lo que posteriormente describió como una postura personal, que se debía hablar con las y los jóvenes de “deberes” y no solamente de derechos. Luego sobrevino el despido de dos jefes de área del INDH, en medio de desacuerdos sobre el contenido, tono y control editorial del Informe Anual 2019 de la institución. Con todo, dado el tensionado ambiente

148 Caso en el que se registran 73 identificaciones genéticas desde 2007 de víctimas calificadas, 57 de ellas, de personas calificadas como detenidos-desaparecidos. Información disponible en: <http://www.sml.gob.cl/index.php/unidad-de-derechos-humanos/>. En el caso del Patio 29 se ha identificado, además, a tres personas adicionales, aún no calificadas por el Estado chileno, pero que las circunstancias de cuya defunción e inhumación dejan claro que fueron víctimas de represión estatal: Ricardo de la Jara Frez, de 26 años a la fecha de su muerte; Ricardo San Martín Fuentealba (27 años), y Oscar Vivanco Castro (21 años). Unidad de Derechos Humanos del SML, Informe de gestión No. 3, op.cit., pp.37-38.

149 CNNChile.com: “Sergio Micco, director del INDH: ‘No se puede equiparar violencia con violaciones a los derechos humanos’”, 23 de diciembre de 2019.

que aún se respira en el país con relación a las protestas, la pandemia, y el Plebiscito constitucional, es necesario defender y fortalecer el lugar consensuado en la vida nacional, de uno de los principales organismos encargados de asegurar las garantías de no repetición.¹⁵⁰

5. REPARACIÓN Y MEMORIA

El *Informe 2019* puso especial énfasis en el tema de la reparación, explicitando, por una parte, la necesidad de entenderla como un desafío mucho más amplio y exigente que el reduccionismo económico; y por otra, el deber de atender a las dimensiones colectivas y sociales del daño social, cultural, físico y psíquico ocasionado por la dictadura, en cuanto proyecto no solamente policial y represivo, sino explícitamente refundacional y antipopular. Es menester observar que no se percibe ninguna señal de que estos aspectos hayan sido reconocidos o abarcados por las autoridades actuales. Esta percepción se acentúa por la reacción esencialmente reduccionista a la privación económica extendida, que provocó la pandemia de Covid-19. En el ámbito más estrecho de las medidas de reparación actualmente denominadas como tales, disponibles para quienes han sido reconocidas como víctimas directas de determinadas clases de vulneraciones en tiempos de la dictadura, tampoco se han divisado señales de mejoras, reformas, o reforzamientos muchas veces exigidas y/o prometidas, inclusive, ante el sistema universal de los derechos humanos.

Si bien se valoran los esfuerzos importantes, y muchas veces invisibilizados, de funcionarias y funcionarios dentro de programas relevantes como el PRAIS, o las áreas sociales y de memorialización de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, es frecuente que esas iniciativas respondan a compromisos personales y esfuerzos sobrehumanos, sostenidos por quienes parten emulando a Hércules, para terminar, empujando rocas con Sísifo. En tiempos de crisis social, política, y sanitaria, y de cara a la aún más aguda crisis económica que el futuro casi indubitablemente nos depara, existe un serio riesgo de que, so pretexto de recortes y austeridades generalizados, estas áreas y programas sufran de manera desmedida, siendo que durante tanto tiempo han sido postergados y, más aún, no son terreno políticamente fértil o agradable para ningún gobierno de turno. Frente a este panorama poco alentador, es menester por lo menos recordar que la reparación no constituye un privilegio ni es el resultado de decisiones políticas discrecionales o ideológicas, sino que se trata

150 Ver en este Informe: Alberto Coddou, Tomás Vial y Vicente Aylwin, "El INDH y el *estallido social*", en Marcela Zúñiga (ed.), *Informe 2020*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

de un derecho de las personas y comunidades y un correspondiente deber del Estado.

5.1 La judicialización de la memoria

Como señalamos arriba (sección 3.2.7), y ante la falta de novedades en ámbitos administrativos, nuevamente les ha recaído a los tribunales ser el escenario de mayor actividad visible en esta dimensión de la justicia transicional. Aquello es en sí mismo poco satisfactorio, cada vez que responde al hecho de que las y los sobrevivientes y familiares se ven obligados a hacer uso de acciones, recursos, demandas, querellas y demás vías esencialmente adversariales, en búsqueda de hacer valer derechos que el Estado debió y debe proactivamente satisfacer por medios predominantemente administrativos (a través de políticas públicas amplias, abarcativas y plenamente financiadas). Cuando el Estado, además, se opone activamente a la reivindicación de derechos por esta vía, aduciendo excepciones de pago y de preterición para buscar excusarse de sus obligaciones, la ofensa es aún mayor (ver sección 3.2.7).

En el ámbito de la reparación simbólica, en particular, se debe además considerar que la consecución de acciones de rectificación tales como las que han sido comentadas en la sección 2.1, tiene límites. Estos responden a veces a la naturaleza misma del recurso jurídico, como herramienta esencialmente individual, si bien otras veces las limitaciones obedecen a cierta timidez, cuando no conservadurismo, de parte de las y los operadores de la justicia a la hora de interpretar y desplegar sus propias competencias en la materia. A modo de ejemplo, hemos analizado en *Informes* anteriores ocasiones en que la judicatura se ha rehusado a ordenar medidas de reparación o memorialización, distintas a la adjudicación de sumas de dinero, incluso cuando estas prometían un beneficio social mayor, a cambio de un gasto fiscal limitado o hasta nulo. En el periodo actual se suman, como veremos a continuación, actuaciones diversas y a simple vista contradictorias, en un terreno que podemos denominar como propio de una “memoria pública” o memoria simbólica.

En respuesta a las percibidas deficiencias de uno u otro fallo, algunas personas exigirían a los tribunales ser más creativos y/o más “osados” en el contenido o alcance de lo que ordenan en la materia. Pero también debe considerarse el hecho de que las normas internacionales sobre verdad, reparación, garantías de no repetición, y memoria obligan a los tres poderes el Estado, y por ende a todos sus organismos. Entonces no es, ni debe ser, responsabilidad exclusiva del Poder Judicial resolver y disponer en cada dimensión de la justicia transicional. Además, cuando las controversias llevadas ante tribunales parecen proceder de la omisión, desidia, desacato o incluso mala fe de otros actores estatales, es legítimo sugerir que las soluciones consisten en que estos desistan

de estas prácticas, y asuman plenamente sus responsabilidades. Estos deberes, al tener un marcado carácter político, administrativo y ético, deben ser abordados como tales, reservando al accionar jurídico el lugar que le es propio.

5.1.1 Honores a Merino y Contreras: los argumentos de las FFAA y el CDE en tribunales

A modo de ejemplo, examinaremos, a continuación, dos asuntos resueltos por la Corte Suprema dentro de un lapso de poco más de una quincena (entre el 19 de febrero y el 6 de marzo de 2020, inclusive). Veremos que, más allá de los fallos eventualmente emitidos por la Tercera Sala de la Corte (Sala Constitucional), los episodios revelan actitudes y acciones subyacentes muy cuestionables, pero altamente normalizadas, desde el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Armadas (en particular, la Armada y el Ejército). Estas son además reproducidas y defendidas con aparente esmero por el CDE. Se trata de las siguientes sentencias: el 19 de febrero, la Sala Constitucional ratificó la denegación de una orden de retirar la estatua del difunto exalmirante Merino, otrora miembro de la Junta dictatorial, del destacado lugar que ostenta en el patio delantero del Museo Naval (“Museo Marítimo”) de Valparaíso.¹⁵¹ Luego, el 5 de marzo, la Sala ratificó plenamente una orden que obliga al Ejército a retirar placas y fotografías homenajando al difunto exdirector de la DINA, Manuel Contreras.¹⁵²

Ambas resoluciones tienen sus orígenes en iniciativas legales tomadas por el abogado Luis Rendón, quien es también un ex preso político sobreviviente. Valiéndose justamente de dicha calidad, tomó acciones en 2019, por segunda vez, contra la Armada y el Ministerio de Defensa exigiendo el retiro de la mencionada estatua. También fue un recurso suyo lo que dio origen a una orden para el retiro de las placas homenajando a Contreras, orden que el Ejército decidió apelar ante la Corte Suprema.¹⁵³ Ambos recursos fueron fundamentados en base a la normativa constitucional e internacional que incluye el reconocimiento explícito de derechos a reparación, que aborda garantías de no repetición.¹⁵⁴ Invocando estos derechos, en su calidad de víctima sobreviviente, Rendón manifiesta el daño psíquico que implica para él y otras víctimas, y el daño social generalizado que causa el tener que convivir con la continua presencia de estos elementos. Alude también a

151 Corte Suprema, Rol 15.310-2020, 19 de febrero de 2020.

152 Corte Suprema, Rol 14.720-2020, 5 de marzo de 2020. Entremedio, la misma Sala había resuelto la reserva parcial de información sobre reclusos de Punta Peuco (ver *supra*, sección Verdad.)

153 La orden objetada por el Ejército fue emitida por el CA Santiago, Rol 79.631-2019, 26 de diciembre de 2019.

154 Resolución 60/47, Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 2005.

lo particularmente inadecuado de su permanencia en recintos educativos (de formación castrense).

Los recursos apuestan, en esencia, a lo que ha sido llamado una “despinochetización” de la vida cívica, en cuanto procuran que en los espacios públicos, y los lugares de formación de las nuevas generaciones de integrantes de las fuerzas de orden, como mínimo, no se rinda culto a altos representantes del gobierno autoritario, ni menos, a quien ideó y supervisó la construcción y operación de una máquina de terrorismo de Estado, falleciendo en condición de interno sentenciado por decenas de homicidios y otros crímenes del peor índole. Estas iniciativas están en alta sintonía con los valores cívicos y democráticos proclamados por todos los gobiernos post-1990; asimismo, con las recomendaciones y promesas explícitas e implícitas que Chile hizo en el Informe Rettig, y ha reiterado periódicamente en declaraciones y documentos oficiales –entre ellos, como veremos, el Plan Nacional de DDHH. La existencia y contenido de este Plan fue señalado por el gobierno ante la ONU en 2019 como evidencia de los sinceros esfuerzos que el Estado de Chile ha tomado y planea seguir tomando, para superar su pasado reciente, promoviendo una activa conciencia social e institucional sobre ello.

No obstante, si bien la Sala falló a favor del retiro de las placas, se negó a ordenar en el retiro de la estatua. Al esmerarnos en explicar esta aparente contradicción de resultados, podemos apuntar, entre otras cosas, que en ambos casos la Corte básicamente ratificó lo obrado por la instancia inferior (Corte de Apelaciones). Pero aquello simplemente desplaza la necesaria indagación a la lógica aplicada en dicho nivel. Al hacerlo arriesgamos, además, no prestarle suficiente atención al segundo hecho: el Estado –legalmente representado por el CDE– se hizo presente oponiéndose a ambos gestos. Es decir, la misma entidad que se encuentra obligada por los deberes de reparación y garantías de no repetición, y que se ha declarado no solamente consciente de ello sino resuelta a actuar en consecuencia, defendió la permanencia de la estatua de Merino y de placas de homenaje a Contreras, probablemente el mayor criminal de lesa humanidad en la historia del país. Si miramos más de cerca los argumentos específicos esgrimidos en uno y otro caso vemos, primero que, en el caso de la estatua de Merino, la Sala Constitucional se limitó a refrendar lo dispuesto por la instancia inferior. Se trata, en lo particular, de la octava sala de la Corte de Santiago, presidida por Juan Cristóbal Mera, hermano del ministro Raúl Mera, de la Corte de Valparaíso. Ante dicha sala, la Armada argumentó, *inter alia*, que el recinto en el cual la estatua está ubicada, no obstante constituye un bien fiscal, “es además recinto militar”, lo cual, según se razona, priva a ese espacio del carácter de lugar público, y a la estatua del carácter

de monumento público.¹⁵⁵ Agrega que la estatua fue “generada” por “una corporación de derecho privado”, y que la Ley de Monumentos Nacionales, que crea un requisito de consecución de permiso, no es aplicable por ser posterior a su instalación. A mayor abundamiento, y para defender la elección de Merino como personaje merecedor de un honor tan visible y prominente, aduce que “nunca ha (..) sido condenado por algún delito que impide efectuarle un reconocimiento”.¹⁵⁶ Es llamativo el reduccionismo del argumento que sostiene, en efecto, que basta con no ser un delincuente comprobado y condenado para ser merecedor de semejante honor.

5.1.2 ¿Relato fáctico o posición de parte? Verdades históricas y jurídicas

La Corte de Apelaciones hace suya dicha lógica al aseverar que, si bien “para quien recurre” —es decir, el Sr. Rendón— se trata de una persona que “formó parte de una cúpula que tomó el control del país en ... 1973 e impuso una política sistemática de violaciones a los derechos humanos”, “para la Armada” se trata más bien de “un Comandante en Jefe (...) [quien] se acogió a retiro sin que haya sido nunca condenado”.¹⁵⁷ Así las cosas, el fallo parece retratar hechos históricos y comprobados como una mera posición de parte. Acto seguido, a estos hechos se les contrasta, por yuxtaposición, con otra caracterización que no solamente no es excluyente, sino que fue una condición necesaria para los hechos primeramente descritos: el papel de Merino en el Golpe, la Junta, y la máquina represiva que la dictadura puso en marcha, se debía precisamente a su posición a la cabeza de las fuerzas navales. Por su parte, el CDE, representando al Ministerio de Defensa, argumentó en base a formalidades —alegando que el recurso estuviera fuera de plazo— y también de fondo, al observar que el estatuto orgánico que aplica al Ministerio no contiene “norma positiva” alguna que lo obligue o lo faculte a considerar peticiones como esta.¹⁵⁸ Con ello, el CDE, y por ende el Estado, ignora el argumento de que no solamente toda la normativa internacional citada en el recurso, sino todas las responsabilidades que el derecho internacional (positivo y consuetudinario) de los derechos humanos establece, crea obligaciones que pesan sobre el Estado en su totalidad, es decir, sobre todos sus organismos. De otra manera, se formalizaría la existencia de uno o más “Estados dentro del Estado”, feudos que desconocen su condición de sujetos del derecho internacional.

155 Citado en CA Santiago, No. Protección 79183-2019, Vistos y teniéndose presentes 2º, 22 de enero de 2020.

156 *Ibid.*

157 *Ibid.*, Vistos y teniéndose presentes 14º.

158 *Ibid.*, Vistos y teniéndose presentes 3º.

5.1.3 Posturas anti valóricas y la defensa de lo indefensible: el Ejército, Contreras y Carrera

Habiendo caracterizado el recurso como un “juicio de reproche a la función política que [Merino] tuvo en el pasado nacional”, la sentencia de la Corte de Apelaciones declara, en su parte resolutive que, además que ser extemporáneo el recurso, al centro de la controversia hay “una cuestión de mérito que queda entregada a la Administración [del Estado],” por cuanto “escapa al control jurisdiccional que corresponde efectuar en este tipo de acciones”.¹⁵⁹ En sintonía con la posición esgrimida al principio de esta sección, si bien consideramos que sí es propio de los tribunales velar por el cumplimiento de los deberes de reparación y garantías de no repetición a los cuales el recurso apela, compartimos también la alusión a la responsabilidad administrativa e incluso la esencia política –correctamente entendida– de la decisión de honrar o no, a un integrante de la Junta Militar. Las garantías de no repetición presuponen la construcción, dentro de todas las instituciones estatales, de una cultura que respeta los derechos humanos y, por tanto, repudia enérgicamente su violación, desde una perspectiva democrática que rechaza el uso de la fuerza para hacerse del poder político. Es, en consecuencia, doblemente preocupante y llamativo que la Armada quiera mantener y defender su gesto anti valórico, y que el Ministerio de Defensa busque desentenderse del asunto.

Desde esta óptica, la controversia que produjo un fallo aparentemente más acogedor de los principios de reparación y no repetición –toda vez que se ordenó el retiro, desde la Academia de Guerra y la Escuela de Ingeniería Tejas Verdes, de placas y fotografías de Manuel Contreras– no está exenta, a pesar de su resultado, de elementos preocupantes. En ello, nuevamente, las FFAA –esta vez el Ejército– se mostró absolutamente inconsciente, cuando no despreocupado, ante lo anti valórico de su deseo de mantener a la vista de nuevas generaciones de cadetes, a un personaje que sí fue condenado, y en múltiples ocasiones, por crímenes de una crueldad inusitada. En diciembre de 2019, el Ejército hizo representaciones directas a través de un informe suscrito por su Comandante en Jefe ante la Corte de Santiago. Allí sostuvo –ahora sí– ser “parte de la administración centralizada del Estado”, para efectos de decir que el recurso debió dirigirse no contra el Ejército sino contra el CDE. Renglón seguido, en un eco de la lógica ya comentada de la Armada, alega que tanto la Academia de Guerra como la Escuela de Ingenieros son “predios fiscales que, además, constituyen recintos militares” –sin explicitar por qué, a su juicio, ello los exime del alcance de recursos que apelan a principios constitucionales. Añade que la

159 *Ibíd.*, Vistos y teniéndose presentes 14°.

presencia de placas y fotografías de Contreras no constituyen un homenaje y que, en todo caso, estarían contrarrestadas por “contenidos de orden humanitario” que, conforme el Plan Nacional de DDHH, hoy se imparten en la formación militar.

Más extraordinario aún, el Ejército argumenta que como los recintos militares son espacios a los que el público no puede ingresar libremente, no existe ni puede existir la vulneración psíquica para víctimas y sobrevivientes, que el Sr. Rendón alega. Por ende, asevera –sin fundamentar o demostrarlo– que la exposición de los mencionados artefactos es “un hecho plenamente legítimo”.¹⁶⁰ Tomados juntos, el tenor de estos argumentos pareciera reclamar una soberanía absoluta, en que el Ejército es la única autoridad necesaria o autorizada para determinar que conviene o no que haga o transmita tras puertas cerradas. Se deja entrever la creencia de que ni sus víctimas ni la ciudadanía en general tienen interés legítimo alguno que les faculte para presumir de inmiscuirse. Debería, además, ser sumamente preocupante, no solamente que el Ejército reclamara el derecho absoluto de hacer y deshacer dentro de “sus” recintos, sino que, en ejercicio de ese supuesto derecho, lo que elige hacer es, precisamente, mantener enaltecido a un personaje que encarnó los antivalores de la deslealtad, la traición a la Constitución, y la violencia extrema aplicada sobre los civiles y compatriotas que el soldado profesional jura defender. La Corte de Santiago no le dio la razón a la posición del Ejército, estimando más bien que para “restablecer el imperio del derecho”, era necesario ordenar el solicitado retiro de los materiales.¹⁶¹

La impresión de cierto dejo de soberbia en la posición castrense no pudo sino acentuarse cuando optó por apelar directamente la mencionada orden, contradiciendo su propio argumento respecto del papel que debía jugar el CDE en relación con el tema. En base a dicha omisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema determinó inadmisibile la apelación, dado que el apelante carecía de la personalidad jurídica necesaria. Es por este motivo que la Sala –cuya composición incluyó, como ministro suplente, al ministro Raúl Mera– no entró a evaluar el fondo del recurso, limitándose a ratificar y reiterar la orden de retiro ya emitida por la Corte de Santiago. Si bien el plazo establecido para su ejecución fue de tres días, recién un

160 CA Santiago, Rol 79.631-2019, Vistos s/n (pp. 2 a 4 inclusive), 26 de diciembre de 2019.

161 CA Santiago, Rol 79.631-2019, op. cit., considerando duodécimo. En el texto del fallo, la Corte reafirma, además, el carácter de hechos de público conocimiento los antecedentes penales de Contreras; la calidad de norma consuetudinaria que reviste la Resolución de la ONU invocada por el Sr. Rendón, y la absoluta insuficiencia de pagos económicos como una forma única de reparación.

mes más tarde el Ejército informó el cumplimiento de dicha orden.¹⁶² Además, la ocurrencia de realizar, en su fallida apelación, un forzado símil entre Contreras y José Miguel Carrera le valió el enérgico rechazo del Instituto de Investigaciones Históricas dedicado a quien fuera el primer Comandante en Jefe del Ejército, y considerado uno de los iniciadores del proceso de independencia de Chile. Una carta publicada por el Instituto en reacción fue tajante y demoledora, hablando de una comparación “absurda e inadmisibles” y observando que la actuación de Carrera se desarrolló “nunca escondiéndose tras la fachada de organismos siniestros como aquellos que dirigió el fatídico general (r) Contreras”.¹⁶³

5.2 Sitios de memoria y memoriales: descuido, desfinanciación y amenazas

Siguen, y parecen ir en aumento en número y regularidad, los ataques físicos a sitios de memoria y memoriales relacionados con los crímenes de la dictadura. En marzo de este año, la Red de Sitios de Memoria informaba de 26 ataques, a los que se han unido varios más en distintos puntos del país. En agosto de 2020, se sumó la destrucción de señaléticas de la ruta de la memoria en Neltume, llegando a más de treinta de estos agravios, sin que se haya encontrado a ningún responsable.¹⁶⁴ Tanto los ataques físicos, como campañas de “troleo” y abuso en redes sociales, contienen una preocupante cuota de amenazas explícitas de realizar nuevos asesinatos o desapariciones.¹⁶⁵ Sigue pendiente un protocolo de protección y/o una ley que reglamente y provea recursos para garantizar la mantención y resguardo de sitios y memoriales, y las personas asociadas a ellos, resolver con claridad la distribución de responsabilidades para su seguridad y financiamiento, y respaldar, de manera inequívoca, su importancia pedagógica en pro del establecimiento de la verdad, el fomento de la participación, y el aporte a las dimensiones culturales e interpersonales de las garantías de no repetición.

En tanto, a fines de julio de 2020 fue notificado un retroceso importante al suspenderse, para 2020, los fondos concursables que

162 Ejército de Chile, Comandancia en Jefe, Memorándum, “Informa cumplimiento de fallo en Recurso de Protección que indica”, fecha 9 de abril de 2020, con firma de Ricardo Martínez Menanteau, general de Ejército, Comandante en Jefe.

163 Cooperativa.cl: “Instituto José Miguel Carrera: Comparación del Ejército con Contreras es ignorancia y un agravio”, 4 de enero de 2020.

164 Carta abierta publicada por el Grupo de Memoria Renca a Pie, 17 de agosto de 2020.

165 Entre múltiples ejemplos figuran el del exdirigente estudiantil Víctor Chanfreau, nieto de la sobreviviente Erika Hennings y el activista detenido-desaparecido Alfonso Chanfreau, quien fue amenazado en redes sociales con que lo harían desaparecer; y el graffiti rayado, a fines de diciembre de 2019, en el memorial de Osorno a personas desaparecidas y ejecutadas, con los mensajes “faltaron algunos” y “se vienen más”. Observatorio de Justicia Transicional, Boletín 56, noviembre y diciembre de 2019.

se suelen adjudicar a través del área proyectos y memoriales –ahora “área memoria histórica”– de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En una carta enviada por la subsecretaria de DDHH, Lorena Recabarren, a las organizaciones de memoria y DDHH explica que las condiciones impuestas por la pandemia de Covid-19 no eran adecuadas para continuar con el concurso en 2020. Se agregó que el tiempo de ejecución de los proyectos habría sido extremadamente reducido, por tratarse de recursos fiscales que debían ejecutarse durante el mismo año. A este hecho se suma la notificación, realizada en junio de 2020 por la Dirección Nacional del Patrimonio, de una reducción en el presupuesto 2021 para los seis sitios de memoria que reciben algo de financiación estatal más estable por medio de convenios de colaboración. A juicio de la Red de Sitios de Memoria, una entidad de la sociedad civil que agrupa los principales recintos y agrupaciones nacionales en la materia, esta decisión “desconoce y atenta gravemente contra los estándares internacionales de derechos humanos y contra las obligaciones que tiene el Estado de Chile en materia de verdad, justicia, memoria y reparación” y, agrega, “busca retrotraer los avances alcanzados por el movimiento de derechos humanos (...) pues como lo demuestran diversas experiencias internacionales y nacionales, los sitios de memoria son fundamentales para la reconstrucción de la memoria histórica y el derecho a la verdad de países y comunidades que han sufrido graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos”.¹⁶⁶

CONCLUSIONES

Si bien 2020 será recordado como el año de la pandemia, de la continuación de las movilizaciones sociales, y el principio del fin del legado institucional más visiblemente longevo de la dictadura, no será destacable como un periodo de avances en materia de justicia transicional. Los tribunales se han pronunciado sobre asuntos cada vez más diversos, desde responsabilidades penales a reparación simbólica y el derecho a anonimidad de perpetradores presos. Su actuación ha dejado, nuevamente, a la vista divergencias muy amplias en los criterios adoptados por diversos individuos y tribunales, con el Tribunal Constitucional nuevamente en la mira, aunque esta vez no solo ni exclusivamente por el impacto de su actuar en causas de DDHH. En tanto, la Corte de Apelaciones de Santiago dio un giro hacia los argumentos de antaño respecto de la prescripción gradual, en un fallo que dejó perplejos a penalistas en más de algún aspecto de su

166 Observatorio de Justicia Transicional, Boletín 59, mayo y junio de 2020.

argumentación. Los tribunales tuvieron que pronunciarse, además, sobre la disolución de condenas espurias y la obligatoriedad o no, de dar satisfacción a víctimas retractando o retirando mentiras, actitudes y símbolos que causan ofensa. Una vez más, es llamativo que víctimas directas se vean obligadas a recurrir a procesos adversariales para gatillar gestos cuya necesidad y procedencia son evidentes desde una perspectiva social y valórica. También llama la atención que los esfuerzos de las víctimas no suscitan ni pedidos de disculpas ni actitudes empáticas de parte de las entidades interpeladas, entre ellos los medios de prensa y las FFAA. En tanto, las interpelaciones a quienes fueron denominados, alguna vez, “cómplices pasivos” –los ganadores en el “país ganador”– parecieron metamorfosearse con un reclamo más colectivo y urgente dirigido a aquellos cómplices pasivos, dada su responsabilidad en la configuración de un modelo social, educativo, político, económico y medioambiental, cuya fecha de vencimiento repentinamente se advertía cercana.

En tanto, las y los desaparecidos lo siguen siendo; las responsabilidades por revertir dicha situación siguen difusas, y las y los familiares de primera generación siguen falleciendo, dignificadas/os por sus décadas de lucha, pero traicionadas/os por tantas promesas sin cumplir. Ojalá que el país sepa por fin aprender –de las y los familiares aún presentes, de sobrevivientes de toda edad y condición, y de todo aquel cuyo sueño de “ser pueblo” fue truncado hace tantas décadas atrás– la lección de que la justicia que estos tanto anhelan es el único camino posible hacia el reencuentro y la convivencia que todas y todos merecemos. A pesar de lo anterior, el año cierra con el anuncio de un proceso constitucional que, con todos sus desafíos y su promesa refundacional, podría con propiedad considerarse como un “momento de justicia transicional”. Es urgente, y sin duda ha estado pendiente desde hace demasiado tiempo, la reformulación, que dicho proceso requerirá, de los límites de lo posible y las bases de una convivencia justa, digna y armoniosa. La agenda en verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria que aquí se dibuja, no es sino la piedra angular de semejante proceso, como venimos sosteniendo durante más de una década, y conforme al ejemplo ofrecido por miles y miles de sobrevivientes, familiares y activistas “memoriosos y memoriosos” que pavimentaron el camino y nos siguen señalando la ruta que puede conducir a la anhelada plena justicia en materia de DDHH. A ellas y ellos, así como a quienes ya no están, les debemos nuestros mejores esfuerzos por hacer del 2021 un año digno de ser celebrado, en vez de conmemorado.

RECOMENDACIONES

Por segunda vez en las ya diez versiones de este capítulo que han sido preparadas por el Observatorio de Justicia Transicional, no es posible observar el cumplimiento pleno de ninguna de las recomendaciones formuladas en la versión anterior de este *Informe*. Por su urgencia y vigencia, las reiteramos en forma resumida, después de haber introducido otras que proceden, en particular, de los hechos comentados en la presente edición. En pro de mejorar el cumplimiento de los deberes del Estado de Chile en materia de verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición, con relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990, el Estado de Chile podría:

1. Diseñar y ejecutar, respetando los derechos de participación y satisfacción, respuestas proactivas, diferenciales y abarcativas a desaparición forzada, ejecución política, tortura y prisión política sobrevivida, y otras graves y sistemáticas violaciones a los DDHH cometidas durante la dictadura de 1973 a 1990. Asegurar atención específica y sostenida a las dimensiones verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que atañen a cada problemática, explicitando medidas y plazos que respondan a los deberes del Estado y los derechos de las personas, y de la comunidad nacional, conforme a la práctica y normativa internacional imperante, recogida e interpretada por lo que establecen los organismos internacionales relevantes.
2. Activar, reactivar, o iniciar proyectos legislativos y demás medidas necesarias, para asegurar plenamente el cumplimiento aún pendiente en fallos de la Corte IDH y recomendaciones formuladas al Estado de Chile por los organismos internacionales competentes, referente a los legados de crímenes de la dictadura en Chile. Hacerle seguimiento a dicha legislación una vez aprobada, monitoreando permanentemente su implementación y dando a conocer a la comunidad nacional evaluaciones periódicas del estado de cumplimiento del país en la materia, y los pasos y plazos por seguir.
3. Asegurar las lecciones aprendidas de décadas de tramitación de causas tardías por graves violaciones a los DDHH, dotando a las agencias auxiliares de la justicia relevantes (SML, PDI y similares), y asimismo a la Fiscalía, de los recursos y formación necesarios para llevar a cabo investigaciones eficaces y acuciosas que lleguen a su término sin ser interrumpidas por la “impunidad biológica”. Procurar que dichos procesos produzcan, donde los antecedentes así lo ameritan, sanción efectiva a agentes estatales

que resulten responsables, por comisión y/u omisión, en los términos dictados por la ley, de violencia represiva u otras graves vulneraciones a los DDHH cometidas durante la dictadura y, asimismo, las que se produjeron en el contexto del *estallido social* iniciado en octubre de 2019.

4. Promover la “despinochetización” del espacio cívico, fomentando en espacios públicos y de propiedad fiscal, así como en todo lugar físico, virtual o cultural en que se realiza formación o entrenamiento de servidores públicos, la remoción y eliminación consciente de imágenes, nombres y discursos alusivos a, o asociados con, la defensa o glorificación de la dictadura y sus crímenes, en tanto esa actitud contraviene la letra y/o el espíritu de las normas internacionales asociadas con la reparación simbólica, la verdad, y la prevención contra la victimización secundaria de víctimas y sobrevivientes.
5. Restaurar sitios y proyectos de memoria, con los recursos denegados por la suspensión de los fondos concursables respectivos para el período 2020. Proveer, asimismo, mayor respaldo financiero, político, discursivo y judicial al sector preocupado de mantener la memoria histórica de los crímenes de la dictadura, frente a mentiras, descalificaciones y/o agresiones verbales y físicas proferidas por elementos antisociales y negacionistas. Asegurar rápidas y vigorosas investigaciones de dicha conducta, conducentes, cuando sea el caso, a sanciones efectivas que den una señal clara de que el daño infligido es a la sociedad en su conjunto y no solo a las víctimas y sus familiares.
6. En materia de desaparición forzada, interiorizar y activar los recientes Principios Rectores de Búsqueda (CED/C/7) e Informe para la Investigación Eficaz (A/HRC/45/13/Add.3), adoptados por el Comité de la ONU en materia de desaparición forzada. Lanzar una campaña pública intersectorial, consensuada y consistente que procure eliminar la repetición de dicha práctica a cualquier escala dentro de las fuerzas del orden y el sistema penitenciario, y hacer de la recuperación y conmemoración de las más de mil personas aún desaparecidas forzosamente desde 1973, una prioridad país y una fuente de compromiso y acción estatal y cívica.
7. Implementar como componente de dicha campaña un Plan Nacional de Búsqueda, que contemple la producción y mantención de un registro público, dinámico y permanente de las personas detenidas-desaparecidas en Chile reconocidas, halladas y por hallar, como medida de reparación simbólica y compromiso estatal a la acción. Así también, desarrollar acciones de acompañamiento y asesoría jurídica para familiares y sobrevivientes que

deseen conocer y activar su derecho a reparación plena, incluida la interposición de acciones judiciales indemnizatorias. Instar al CDE para que sus pronunciamientos y actuaciones acaten los deberes y obligaciones del Estado, en particular en relación con el derecho a la reparación integral.

8. Respetar y resguardar la autonomía formal, financiera y funcional del INDH; explicitar el acatamiento, apoyo y respaldo de todo estamento estatal a sus potestades y deberes de inspección y monitoreo, proveyendo activamente a sus funcionarias y funcionarios de la protección, medios y colaboración necesarios para el cumplimiento de su misión.
9. Asegurar que leyes en materia de libertad condicional y/o de sustitución de penas privativas de libertad, así como otras disposiciones legales existentes o por introducirse, sean formuladas, interpretadas y aplicadas de tal manera que respeten los deberes estatales de sancionar, de manera eficaz y proporcional, violaciones graves a los derechos humanos, en cualquier época que estas hayan tenido lugar.
10. Afirmar, proteger, y profundizar las medidas implementadas en 2019 a recomendación de la Oficina de Coordinación Nacional de DDHH de la Corte Suprema, para agilizar el actuar de la justicia y fomentar el conocimiento público y pleno de los resultados de este actuar. Como parte de dicha profundización, proveer acceso a información sobre el cumplimiento de las penas impuestas y la concesión de beneficios a perpetradores.

Tomás Vial Solar

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D, University College London (UCL). Actualmente es Director de Aseguramiento de la Calidad de la Facultad de Derecho de la Andrés Bello y profesor de derecho constitucional en UDP y Universidad Andrés Bello.

Alberto Coddou Mc Manus

Licenciado en ciencias jurídicas y sociales (Universidad de Chile), máster en Derecho (New York University) y Doctor en Derecho (University College of London). Actualmente, es profesor del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja, Valdivia. Sus líneas de investigación son derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos y derechos fundamentales de los trabajadores.

Vicente Aylwin Fernández

Abogado, licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Actualmente se encuentra cursando el Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Pompeu Fabra. Ha realizado diplomados en Medioambiente y Desarrollo Sustentable y en Filosofía.

Ayudantes

Javiera Miranda, Daniela Cerón y Diego Antonio Hernández.

Eduardo Alcaíno

Abogado y Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ha trabajado especialmente en el estudio del sistema

de justicia criminal, especializándose en temas de cárcel, persecución penal, funcionamiento y organización de policías y fiscales, tanto en Chile como en América Latina.

Ayudantes

Kamila Soto Mardones, Elisa Franco Sentis, Pablo Guajardo Aubel y el abogado Franco Schiappacasse Buckendahl.

Claudio Fuentes

Abogado y magíster en derecho penal y procesal UDP. Doctor of the Science of Law, Stanford University (USA). Actualmente coordinador del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la UDP e investigador de jornada completa.

Ricardo Lillo

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Master of Laws (LL.M) in Public Interest Law and Policy y Doctor of Juridical Science (S.J.D), University of California Los Angeles (UCLA). Doctor en Derecho Universidad Diego Portales. Transnational Criminal Justice Program Research Fellow, UCLA School of Law. Investigador del Programa de Reformas Procesales y Litigación y profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Vicepresidente de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal.

Ayudantes:

Catalina Valenzuela Mejías, Belén Mendoza Toporowicz, Benjamín Vergara Tromben, María Fernanda Toledo Vásquez, Sofía Castelli Fernández, María Jesús Maturana Figueras, Tamara Venegas Dragoni, Tomás Novoa López-Hermida, Catalina Zamorano González, Fiana Venegas Araya, Daniela Zamorano González, Bastián Espinoza Acuña, Felipe Espinoza Alarcón, Francisca Riveros Sepúlveda, y Pascale de Saint Pierre Lobos.

Elsy Curihuinca Neira

Abogada especialista en derechos de los pueblos indígenas, estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad Diego Portales, y magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Profesional de formación interdisciplinaria, cuenta con diversas publicaciones y amplia experiencia en proyectos de investigación etnográfica y docencia.

Durante 2018 y hasta febrero de 2020, fue la abogada especialista de la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington D.C. (EEUU). Actualmente se desempeña como consultora de International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA).

Ayudantes

Isadora Castro Zumaran y Katherine Rubio Zamorano.

María Gabriela Valenzuela Robles

Abogada de la Universidad de Chile, Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Erlangen-Nuremberg, y estudiante del programa de doctorado en Derecho en la misma universidad. Becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Ha trabajado en el estudio de la desigualdad desde una perspectiva jurídica, los grupos en situación de vulnerabilidad y el derecho a la salud.

Ayudantes

Doria Gallardo y Nicolás Pérez.

Antonia Rivas

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Diego Portales y doctora PHD en Antropología Sociocultural de la Universidad de California, Berkeley. Se ha desempeñado como abogada y asesora en asuntos indígenas para el Gobierno de Chile y como abogada en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA). Actualmente trabaja como consultora externa en organismos internacionales, en especial en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como experta en derechos de los pueblos indígenas, es Investigadora del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR) y profesora invitada de la escuela de Antropología de la UC.

Ayudantes:

Camila Reed Torres y Sebastián Vergara Vigorena.

Javiera Calisto

Abogada de la Universidad Diego Portales, Magíster en Derecho de Ambiental de la Universidad de Melbourne, y directora legal de Océana Chile.

Pía Weber

Abogada de la Universidad Católica de Valparaíso, Magister en Derecho de Ambiental de la Universidad de Melbourne, e investigadora del Centro de Derecho de Mar de la PUCV.

Ayudantes

Valeria Álvarez, Gonzalo Mellado y Matías San Martín.

Karla Varas Marchant

Abogada de la Universidad de Chile, Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Talca, Doctora en Derecho por las Universidades Diego Portales y Salamanca. Actualmente se desempeña como profesora asociada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en la cátedra de Derecho del Trabajo. Ex Defensora Laboral.

Ayudante

Manuel Sepúlveda Contreras.

Ester Valenzuela Rivera

Directora Ejecutiva e investigadora del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI). Abogada y Magister en Derechos de Infancia, Adolescencia y Familia, Académica de pregrado y postgrado de la Universidad Diego Portales y Curadora Ad Litem de niños, niñas y adolescentes en Programa La Voz del Niño

Jorge Fernández Mejías

Investigador del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI). Abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Actualmente es Becario del Programa de Doctorado en Scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, de la Università degli Studi di Milano, Italia

Cate Robinson

Investigadora asociada al Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI) Consultora en cuidado alternativo. Trabajadora social. Magister en la filosofía de trabajo social de la Universidad de Strathclyde, Escocia. Actualmente doctoranda en una investigación sobre familias de acogida en Chile en el programa de Psicología, Salud y Calidad de Vida, de la Universidad de Girona, España. Lidera

la nueva Asociación de Familias de Acogida de Chile, Afac.cl y es miembro de ProAcogida.

Ayudante

Giovanna Aguilera Barrera.

Liliana Ramos Abadie

Profesora de Educación Diferencial de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación. Magíster en Antropología y Desarrollo de la Universidad de Chile. Especialista en Desarrollo Cognitivo e Integración Escolar de la Universidad Diego Portales. Coordinadora de Grupos Operativos por la Escuela de Psicología Social y Análisis Institucional Enrique Pichón Riviere. Amplia experiencia en el trabajo directo con estudiantes en situación de discapacidad en espacios de educación especial y regular. Directora por 10 años del Centro Psicopedagógico Tanesque, dedicado a la inclusión de estudiantes con Necesidades Educativas Especiales. Larga trayectoria en formación de profesores a nivel de pregrado y postítulo en el área de la educación inclusiva. Desde 2013 hasta la fecha, académica y directora de la carrera de Pedagogía en Educación Diferencial con mención en Desarrollo Cognitivo de la Universidad Diego Portales. Entre 2016 y 2020 ha dirigido tres convenios de colaboración con el Ministerio de Educación para la implementación del Decreto 83. Es autora de varios artículos sobre educación inclusiva, discapacidad y derechos humanos y coautora del libro “El viaje hacia la diferencia; la Educación Inclusiva”, de la editorial SM México.

Miguel Órdenes

Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster y Doctor en Educación de la Universidad de California-Berkeley, investigador de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales (UDP) y director del Magíster en Liderazgo y Gestión Educativa UDP. Su investigación se centra en temas de mejora escolar, poniendo especial atención a la motivación y compromiso docente en la tensión entre políticas educativas, constelaciones valórico-normativas y pobreza extrema.

Ayudantes

Víctor Fuentes Ahumada y Franco Luco Vera.

María Belén Saavedra

Abogada, Magister en Derecho Público y Litigación Oral Constitucional UDP; Asociada del Instituto O'Neill de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, Washington, DC, Estados Unidos.

Ayudantes

María Santa Ahumada Yávar, Mónica Bugueño Alegría, Nathaly Obregón Fernández, Vicente Rojas Carstens y Valentina Sánchez Berríos.

Cath Collins

Es directora, desde 2008, del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP y catedrática en justicia de transición, desde 2013, de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Ha sido, desde 2010, la autora principal del capítulo sobre Justicia Transicional del presente Informe, siempre en estrecha colaboración con el resto del equipo del Observatorio.

Participaron en el presente capítulo

Francisco Bustos, Boris Hau, Loreto López, Andrea Ordóñez, y Francisco Ugás (equipo Observatorio); Daniela Accatino, Rodrigo Bustos, Juan Pablo Mañalich, Tomas Pascual, y Pietro Sferrazza (expertas/os invitados), y Romanet Atenas, Nadia Marchant, y Ayleen Valencia (ayudantes).

